TRATTATO STORICO

DELLA

PROCEDURA CIVILE ROMANA

DELL' AVVOCATO

GIUSEPPE GUGINO

Non enim profecto ignoras, legum opportunitates et medelas, pro temporum moribus et pro rerum publicarum generibus ac pro utilitatum praesentium rationibus proque vitiorum, quibus medendum est, fervoribus mutari atque flecti neque uno statu consistere, quin, ut facies caeli et maris, ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur.

A. GELL. Noct. Attic. XX, 1.

PALERMO
LUIGI PEDONE LAURIEL, EDITORE
1873.

A

CARLO GIORGIO BRUNS

NELL' UNIVERSITÀ DI BERLINO

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO

QUESTO LAVORO

IL DISCEPOLO E L'AMICO

INTITOLA.

INTRODUZIONE

Poche parole d' introduzione io reputo opportuno di far precedere a questo qualsiasi lavoro, non già per dimostrarne la importanza, o magnificarne le difficoltà col ricorrere al solito prontuario delle frasi comuni; bensì per aprire ingenuamente l' animo mio al benevolo lettore sullo scopo che mi ha mosso a scriverlo: di tutt' altro ne lascio giudice lui solo.

Mandato dal nostro regio Governo nella dotta Germania a perfezionare gli studi di Diritto Romano, e tenuto di spedire al Ministero di pubblica istruzione un lavoro rimesso alla mia libera scelta, fra i molteplici subbietti intorno ai quali avrei potuto raccogliere il mio studio, quello sembrommi più proprio ed acconcio alla condizione dei nostri studî in Italia, che abbraccia il romano procedimento civile. Se mi fossi proposto di scrivere pei dotti avrei forse fatta cadere la mia scelta sovra un punto solo di diritto, elaborata una monografia con tutto il corredo di erudizione che la letteratura giuridica, specialmente tedesca, appresta, con tutte le sottigliezze di ricerche e di questioni che talora, senza mettervisi apposta, occorrono nello scrivere; ma io non potea presumer tanto, e se pure ne avessi avuto il pensiero, me ne avrebbe subito tirato indietro la considerazione che in Italia oggidì bisogna lavorare per la gioventù e per la sola gioventù, onde educarla allo studio positivo, severo, di quelle discipline alle quali si dedica, distrarla dalla via delle fantasmagorie, dall'amore delle declamazioni, da quegli edifizî campati in aria che si fabbricano e si distruggono a ogni momento senza sforzo veruno. Questo pensiero, ch' è stato

il primo in me e che mi dà lena negli studî, mi ha determinato a scrivere sulla romana procedura, e di offrire ai miei colleghi il prodotto di questi studî.

Fin oggi, dalla maggior parte della gioventù e forse dagli insegnanti ancora, si è ritenuto e si ritiene, che una leggiera conoscenza del diritto romano basti a completare il corso degli studi universitarî, e per dimenticarsene tosto che con una tintura di procedura civile si è capaci di salire per le scale dei tribunali. Il diritto romano si apprende come un di più: poche definizioni, pochi principî, pochissime conseguenze sono bastevoli, tutto il resto sarebbe tempo rubato a studî più severi. Siffatto modo di vedere e d'insegnare è in massima parte giustificato dalle condizioni in che l'Italia, rispetto al progresso scientifico generale era tenuta per colpa dei caduti governi, dal metodo d'insegnamento nelle Università, secondo il quale la gioventù segregavasi da tutte le tradizioni del passato, da tutto ciò che fosse stato elemento storico; onde esercitarla nella palestra d'inutili discettazioni mancanti di base, incapaci a spingere innanzi d'un sol passo la scienza. In tal guisa, quale significato acquistar potea il diritto romano nolle menti giovanili, già da per se stesse preoccupate delle gravi difficoltà della lingua latina, malamente avviate, e circoscritte il più delle volte a un libro d'Istituzioni elaborato in latino o da questo tradotto, colle semplici nozioni del diritto giustinianeo sostegno unico all'immenso e imponente edifizio della romana giurisprudenza? A qual interesse ispirarsi potea la gioventù, quando i lunghi secoli nei quali presero a germogliare e a svolgersi i semi della giurisprudenza, e di cui nei libri giustinianei non si trovano che mal raccolti frutti; quando i lunghi secoli della romana attività, della vita politica e civile della repubblica e dell'impero, chiusi erano alle sue investigazioni? Il diritto romano, pur troppo, sterile, noioso esser dovea, considerato in un totale isolamento, e non qual parte integrante della vita del popolo romano, non quale espressione della sua coscienza giuridica; studiato astrattamente, senza conoscerne l'origine, lo sviluppo, anche la caduta, in rapporto all'origine, al

progresso, alla decadenza del popolo che lo produsse. Senza il fondamento storico impossibile era di apprezzare l' edifizio giuridico, impossibile solo il conoscerlo.

Con queste condizioni di studî ognun vede quanto necessario sia un cangiamento d' indirizzo per mettere nel giusto cammino la gioventù e indurla una volta nella convinzione che fa d'uopo attendere al diritto romano come a fondamento, di tutte le discipline giuridiche; aprirle il campo alle ricerche storiche e andar costruendo su queste l' edifizio giuridico dai tempi più antichi giù giù fino a noi. Allora si potrà giudicare il pregio di questi studi, senza il pericolo di vedersi commiserato con un sorriso di compassione da quanti, con un saporito imaginare, si ficcan dentro nelle questioni sociali e scuotonsi nei nervi all' idea di studî sull' antichità, per non sobbarcarsi forse alla fatica e non stentare a comporre un sol rigo ad ora, quando migliaia scriver se ne potrebbero altrimenti.

A questo scopo, per quanto le forze, il tempo e lo studio me l'abbian consentito, ho messo mano al romano procedimento civile, siccome quello che tutto si edifica sopra elementi storici e che rivelasi in ogni istituto giuridico, per quel modo di contemplarsi dagli antichi giureconsulti il diritto dal lato della sua efficacia innanzi al magistrato. Ho preso a lavorare intorno a questo subbietto, perchè il meno conosciuto dalla nostra gioventù, quando tener dee il primo luogo, se vuolsi con vantaggio addentrare nell'immenso campo dell'antica giurisprudenza, se vuolsi render ragione d' innumerevoli questioni che nel diritto giustinianeo occorrono, insolubili senza la conoscenza del procedimento. È nel procedimento appunto che con passi misurati e sempre progressivi puossi tener dietro allo sviluppo dell' attività giuridica dei romani; è dal procedimento che si apprende il modo come trattare i singoli istituti, è in esso che s' intreccia la storia della romana costituzione e molta parte della storia del diritto. La necessità di una riforma con indirizzo storico negli studi del diritto romano in Italia, e il trovare radunati nello studio sulla pro-

cedura quasi tutti gli elementi necessarî per questo indirizzo, ecco in breve la ragione onde ho eletto a trattare il presente argomento meglio che ogni altro. Se non vi sono riuscito la colpa non è del mio buon volere; spero, se non altro, che questo lavoro, per quanto povero e imperfetto, ecciterà lo spirito e l'amore della nostra gioventù per questi studî; ecciterà quell'emulazione, quell'interesse, quella pazienza che tanto distingue la gioventù tedesca, e che ha formato la grande scuola germanica.

Sento spesso ripetermi, che bisogna lasciare ai tedeschi e che non si fanno per noi questi studî: pregiudizio fatale, che qualora pigliasse piede in tutte le altre branche del sapere produrrebbe il totale nostro decadimento. No, non si abbandona ai tedeschi, ciò che fu patrimonio italiano; ciò che fondò le nostre prime scuole e lo splendore delle nostre università: il diritto romano ebbe culla in Italia, e qui dee rivendicarsene la cultura.

Bisogna piuttosto combattere il pregiudizio e acquistare il convincimento che l'ingegno italiano a nessuno sta dietro; ma non fermarsi a questa sterile convinzione, congiungerla bensì alla tenacità del volere, all'amore del lavoro, agli studî pazienti di quanto il mondo letterato produce; bisogna che si produca, ma dietro il risultato degli ultimi prodotti della scienza, che costituiscono il capitale scientifico. Allora quando le velleità per un passato che più non esiste cesseranno; quando l'orgoglio di possedere gloriosi antenati cederà il posto al bisogno di dover anche noi esser gloriosi, onde venire in rinomanza all'estero; quando finiremo di ripetere sempre un nome che fu grande, qualunque esso siasi, e su quanto edificar sempre, allora riusciremo a qualcosa di buono. Bisogna dimenticare i nomi, come la Germania dimentica il suo Savigny, il suo Puchta, comincia a dimenticare il suo Wangerow e dimenticherà domani il suo immortale Mommsen: onoriamo la memoria dei nostri grandi, raccogliamone l'ultima parola, benediamoli; ma pensiamo a far da noi senza di loro, quantunque alla luce dall'ultima scintilla del loro genio. La scienza non è

d'un uomo, nè di un tempo; onoriamo gli uomini, ma seguiamo il progresso dei tempi: e quando all'ozio dei caffè proporremo il silenzio e le meditazioni del gabinetto, allora più non diremo di abbandonare ai tedeschi questi studî; penseremo allora di ricorrere alla nuova scuola italiana, di chiamare di bel nuovo nelle nostre università gli stranieri, e col fascino della scienza acquistare il prestigio politico, assicurare alla patria nostra un glorioso avvenire.

Giuseppe Gugino.

PARTE I.

GIURISDIZIONE, MAGISTRATURA, FORO COMPETENTE

CAPO I.

Tutela dei diritti.

Della natura umana, fondamento essenziale di tutti i diritti, promana per necessità la tutela e difesa dei medesimi. L'uomo, in virtù del libero volere e della libera attività, non potrebbe sul mondo esteriore raffermare la sua signoria, se con un atto intimo della coscienza non possedesse se stesso e di fronte all' intiera creazione e ai suoi simili non spiegasse il dominio sulla propria personalità. Per tanto si ha diritto e si è subbietto di diritto per quanto si è persona, e questa si manifesta sempre laddove trovasi la possibilità dell' esistenza di un diritto. Sicchè mancando questo originario e assoluto possesso, stupendamente dal Vico appellato *humanae naturae proprietas*, assurdo sarebbe il volere per un momento solo imaginare l' esistenza di un diritto.

Questa proprietà originaria trae seco il concetto della sua difesa da qualsiasi violazione, da qualunque attacco che potesse ledere, scemare, o menomamente impedire la sua assoluta affermazione. Qualora l' uomo non esplicasse di fronte all'ostacolo la sua attività reagente, meno verrebbe al primo dovere che lo lega a se stesso, e la sua personalità o sarebbe da lui stesso niegata, o più non si troverebbe in suo potere, bensì *in aliena potestate* e *in dominio alieno*. Il diritto dunque della propria personalità e il dominio assoluto su di essa genera il diritto e il dovere insieme della difesa.

Però, se l'umana libertà internamente si esplica nell'affermazione

della personalità, svolge esternamente la sua forza sopra a tutta quella parte di mondo ch'è capace a sottomettervisi; e nel momento che l'atto del volere si esterna nel libero operare in forza del quale il mondo si assoggetta, salta fuori un novello diritto, produzione della libertà e che intanto è diritto in quanto s'imprime e s'individua in esso il carattere della personalità, della affermazione che l'umana natnra fa di se stessa in rapporto all'obbietto e al sno scopo; onde dall' *humanae naturae proprietas* scaturiscono i *rerum dominia*. Da ciò il diritto alla legittima difesa contro qualunque violazione delle cose appropriate; dapoichè è l'identica umana personalità esplicantesi nel mondo esteriore, che viene tutelata dagli attacchi arbitrarî contro i diritti sulle cose.

L'incircoscritta attività dell'umano volere si limita delle volte di rimpetto e a vantaggio di un'altra libertà, e spontaneamente imponesi degli oneri consistenti o in un fare, preso nel suo significato amplissimo, o nell'astenersi dal fare, a condizione che questo assoggettamento sia dall'altra parte compensato con altrettante di estensione della libertà medesima sull' attività libera a cui favore si è limitata. Con questo legame, siccome stringesi un rapporto di diritto, così si rannoda il diritto alla difesa. Dapoichè la libertà circoscritta, da quel lato in cui gode l'equivalente nella estensione della sua attività, ha diritto all'adempimento dell'altra parte obbligata, e se questa vi si sottrae, quella in virtù della sua personalità, che condizionatamente s'è limitata, può in via di coercizione pretendere l'eseguimento, e questo costituisce per l'appunto la difesa: il rifiuto è violazione, il costringimento è difesa.

Il diritto di tutela e di difesa è dal Vico definito per la « libertas tuendi per vim se et sua, sive naturale imperium cum homine natum quo quis iniustum aggressorem ob sui suarumque rerum tutelam occidit, si aliter tueri nequit (1). » Offesa e difesa sono i due termini esprimenti, l'uno la forza e l'attività umana deordinantesi contro il diritto in forma di aggressione e di violazione, l'altro la forza e l'attività umana reagente contro la violazione e ricostituente il diritto offeso (2). Laonde è la difesa una forza,

(1) De costant. Jurispr. IV.

(2) Defendere et offendere inter se aversa sunt, quorum alter significat εμποδων εχεἰν, id est incurrere in aliquid et incidere, alterum εκποδωυ ποιεῖν' id est avertere atque depellere. Gell. VIII, 1.

forza viva e cosciente che repelle un'altra forza e che dee per legge eterna di giustizia vincere sulla medesima. L'ideale della sua legitimità si lascia contemplare nei campi estratti del diritto, nei principî costitutivi della natura umana, nella coscienza e nella volontà universale del diritto obbiettivo, immanente, che si manifesta per subbiettive e transitorie apparizioni; ma nella sua concretezza non sappiamo nella difesa altro vedere che la forza materiale, sia nelle mani dell'individuo, sia nell'organo del volere universale che appellasi Stato.

Al pari che negli Stati, per manco di un comun giudice, si ha ricorso alla forza nazionale onde difendere i propri diritti e respingere l'aggressore; negl'individui dovette in principio esser necessario l'uso della forza privata per difendere e vendicare le proprie ragioni. Fintanto che non sono impiantate le leggi, che coll'ossequio universale ordinano la libertà civile; coi singoli domini, un dominio eminente che racchiuda i diritti di ogni cittadino, colle singole tutele il sommo impero, che colla legge armata difende gl'individui; fintanto che l'autorità individuale non si trasformi in autorità civile (1), la difesa del diritto non sarà che un fatto per il quale il portatore si costituisce giudice e vindice e infligge coll'attività muscolare una pena al trasgressore. Solo dall'ordinamento delle leggi, dalla politica e civile costituzione dell'umano consorzio è lecito il vedere la *vis corporis ad vim animi translata*, e la difesa del diritto convertirsi in un *jus sua vindicandi et ulcescendi in iudicio* (2).

Che sia esistito un momento della vita umana in cui l'individuo siasi trovato eslege e libero di ogni freno, lasciamo al filosofo di discuterlo; basta per noi il sapere come le tradizioni più antiche e il risultato degli studî storico-etnografici sulla più remota antichità ci presentano l'individuo non quale indipendente unità, sibene qual parte integrante di un tutto organico. Il che presuppone l'esistenza radimentale di uno Stato, di una costituzione, di una legge per la quale le volontà singole si fossero piegate alla volontà universale, e conseguentemente l'esistenza di una giurisdizione e di un tribunale conforme alla barbarie dei tempi, alla infanzia dei popoli, alle primitive e rozze costumanze.

(1) Vico, op. cit. VI.
(2) Lo stesso. ibid.

E questo ordinamento cl addimostra oggi la storia nelle antiche colonie e nei primi abitatori dell' Italia. I riti religiosi, le istituzioni giuridiche della famiglia, le alleanze, i patti internazionali, le pene, la comunione delle feste e delle solennità, si rinvengono già alla culla di quella gente che si raccolse poscia per dare origine a Roma.

Pur nondimeno non bisogna di quelle prime istituzioni sociali giudicare colla misura e col criterio delle nostre. L'uso della forza privata, e almeno il manco di efficacia nella legge si fa in quelle continuamente sentire. Un' eco lontana e tradizionale di questa forza privata in Roma si trova nell' essere proclamato scusabile quegli che avesse ucciso un' omicida e coloro che lo avessero protetto (1). E rispetto ai dominî tutto il simbolismo dell'antico diritto e delle formole solenni ci lasciano argomentare alla difesa per autorità privata; ci valga ad esempio la *manuum consertio* per la quale dapprima i contendenti dovettero in realtà venire ad un materiale combattimento, giudice lasciandone quella forza che in mano dello Stato si converte in *vis civilis et festucaria*. Sicchè, a detta del Vico, le prime leggi che governarono i diritti a Roma furono altrettante imitazioni della forza privata, favole e finzioni della violenza, le quali conducono di leggieri a dedurre la realtà (2). L'uso però di questa forza individuale non dovette lungamente perdurare a Roma: le leggi per le quali un popolo si ordina in vera società di diritto e di utilità comune, e per le quali cresce su compatto in un tutto organico, furono di buonora sancite; l'equa amministrazione si conferì dal popolo ad un individuo reso venerabile per le insegne dell' impero e che alla sua volta crea la forza pubblica la quale diventa forza della legge (3). In virtù di questa lo Stato sottentra all' individuo; e l' energia spiegata dalla romana nascente autorità nell' istruire un giudizio è

(1) Romolo, secondo Livio non riteneva il Re Tazio, *iniuria coesum*, I, 46.

(2) De uno univ. iur. princ. 124.

(3) Rebus divinis rite perpetratis; vocataque ad consilium moltitudine quae coalescere in populi unius corpus nulla re praeter legibus poterat, (Romulus) jura dedit, quae ita sancta generi hominum agresti fore ratus, si se ipsum venerabilem insignibus imperii fecisset, cum cetero habitu se augustiorem, tum maxime lictoribus duodecim sumptis fecit. Liv. I, 8.

nel condannare al capo gli uccisori dei legati di Laurento e del Re Tazio (1), consacra solennemente l'abolizione della forza privata e la signoria dello Stato.

Nulla noi di certo sappiamo intorno alle pene in quei tempi favolosi ed oscuri minacciate e inflitte a coloro che si rendevano da se giustizia, nulla dell'ordine processuale dei giudizi civili e criminali, ben conosciamo che il potere supremo costituivasi giudice dei delitti di un cittadino, dei suoi diritti, della sua proprietà, che ogni vigore spiegava nel derimere le controversie anche tra parenti, rendendosi così superiore all'autorità domestica (2) e che le solennità del giudizio non mancavano anche contro coloro che alla patria benemeriti si macchiavano con delitti di sangue (3).

Propostomi di svolgere il sistema del civile procedimento nel diritto romano, mi passerò di tutto quanto si riferisce alla criminale procedura, sì perchè l'ampiezza dell'argomento sarebbe alle mie forze superiore, e sì perchè non potrebbero i due ordini chiaramente trattarsi se non l'uno dall'altro disgiunto.

Per quel che si attiene al diritto civile una lunga serie di disposizioni troviamo nella compilazione giustinianea, per le quali è vietato agli aventi diritto di farsi giustizia da se e si comminano delle pene ai trasgressori. I mezzi a far valere le proprie

(1) Plut. Romul. 23, 24.

(2) Tarquino il superbo ai congiurati raccolti nel bosco Ferentino addusse per iscusa del suo ritardo al convegno: « disceptatorem se sumptum *inter patrem* et filium, cura reconciliandi eos in gratiam moratum esse; alla quale scusa uno dei cospiratori rispose: nullam breviorem esse *cognitionem inter patrem et filium*, parcisque transigi verbis posse; ni pareat patri habiturum infortunium esse. » Liv. I, 50. Se lo stato non era superiore all'autorità domestica, perchè si ricorre al *re* per decidere di una controversia tra padre e figlio? È il padre che ricorre per inobedienza del figlio; se quegli si sentiva il potere non l'avrebbe esercitato indipendentemente dell'autorità sovrana? Che si tratti anche di conciliazione e non di giudizio, quantunque la voce *cognitio* additi a quest'ultimo, è supponibile che il padre cerchi conciliazione quand'egli gode di un potere assoluto sul figlio, quand'egli può convocare il tribunale di famiglia? una transazione presuppone manco di autorità di una parte, diritto dell'altra, diritto dello stato a comporla e in caso opposto a giudicare.

(3) Liv. I, 26.

ragioni esser devono legali, conformi all'armonia dello stato, nel quale la libertà individuale cospira al rispetto di tutte le altre libertà, al mantenimento dell'ordine, all'attuazione della *iuris communio*. Qualora la libertà offesa tentasse di reagire e di rivendicare da se stessa contro l'offensore il diritto leso, a vece di raffermare l'imperio generale del diritto, rappresentato e attuato dalla pubblica autorità, lo violerebbe, non che offenderebbe le singole libertà, le quali, cospiranti all'ordine generale, debbono esigerne il mantenimento. Quindi nella sfesa dei diritti civili colui che violenterebbe il suo debiture decadrebbe dal suo diritto, perderebbe il dominio della cosa quando ne cacciasse l'estraneo possessore e sarebbe tenuto alla restituzione non solo, ma al valore estimato dalla cosa qualora non ne fosse egli il padrone (1).

Questa è la legislazione dei tempi dell'impero: nella repubblica dovette il magistrato col suo Editto potentemente concorrere a infrenare l'arbitrio individuale e massime per via degl'interdetti.

Le eccezioni non mancavano al principio generale che vietava l'uso della propria autorità nella tutela dei diritti: « vim vi ripellere licet », scrive Cassio, « idque ius naturæ comparatur » (2), principio antichissimo proclamato dalla ragione naturale e insegnato dai filosofi. Ulpiano ne legitima l'impiego coll'assegnarne le condizioni: « eum qui armis venit possumus armis repellere, sed hoc *confestim non ex intervallo*, dummodo sciamus non solum resistere permissum ne deiiciatur, sed etsi deiectus quis fuerit eundem diicere *non ex intervallo sed ex continenti* » (3). Ed anche senza l'uso della violenza era permesso il farsi da se ragione nella fuga del debitore che seco portava il danaro col quale adempiere dovea ai suoi impegni, nel diritto di ritenzione, ecc. Concedendo ciò la legge si arma di tutto il suo rigore purchè non si trascenda all'abuso e non si deludano le sue prescrizioni.

Se vietato è all'individuo d'adoprare la forza privata pel patrocinio dei suoi diritti, uopo è che siano fatti ordinatamente volere dall'autorità dello Stato. Come il concetto dello Stato tutore e giudice dei diritti siasi attuato nel mondo romano sarà materia dei seguenti studi.

(1) L. 12 § 2 D. quod vi met. caus. IV. 2. L. 7. D. ad leg. Jul. de rr. piv. XLVIII, 7. L. 7 C. unde vi VIII, 4. § 6, Inst. de interdict. IV, 15.

(2) L. 1, § 27. D. de cr. et num. XLIII, 16.

(3) L. 3. § 9. D. Cod. — 3.

CAPO II.

Iuris dictio

La separazione del potere amministrativo dal giudiziario, l'allontanamento di ogni ingerenza dello Stato nell' ordine dei giudizî ebbe luogo troppo tardi a Roma. Fin a giungere ai primi tempi dell'impero, il supremo rappresentante dello Stato era parimente giudice supremo e con ugual potestà disponeva così degli affari amministrativi come per quelli della giustizia: è ai rescritti dei Principi e al lungo lavorio della giurisprudenza che si deve il discentramento dei due poteri nel loro concetto e nella loro attuazione.

A questo pieno e supremo potere giudiziario (*potestas*) si collegavano *l'imperium* (1), la *iurisdictio* (2), e alcuni personali e speciali uffici, appartenenti al magistrato, non già in forza della sua magistratura, sibene in virtù di una legge, di un Senato consulto, di un decreto del Principe (3).

L'imperium esprime la pienezza del potere, è il diritto armato per il quale s'impone il rispetto ai diritti pubblici e privati, si tutelano contro i perturbatori dell'ordine sociale gl'interessi dello Stato e del cittadino coll'uso dei mezzi coercitivi. La *iuris dictio*, secondo anche suona il suo significato, si rapporta all' amministrazione della giustizia civile volontaria o contenziosa che sia, sicchè consiste *in decretis interponendis*, *diiudicandisque causis*, e si manifesta sotto le tre forme del *do*, *dico*, *addico* (4). Dall' iu-

(1) L. 215, V. de verb. sign. L. 16. Cic. de leg. III, 3.

(2) LL. 3, 4, D. de iurisd. II, 1. LL. 2, 7, § 2, D. de offic. proc. I, 16.

(3) L. 6, § 2, D. de tut. XXVI, 1.

(4) Nel seguente modo il nostro Vico espone il concetto e il contenuto dell'*imperium*: « summum imperium est ius cogendi animadvertendique etiam gladio in noxios cives etiam domi iudiciis in exteros in iura foris bello (de uno univ. iur. princ. 108). » Sicchè « a summo imperio perveniunt leges, magistratus, iudicia, arma, cives, arces, praesidia, et bella ac foedera. Atque haec est omnis publici iuris materia (Ibid. 110). » Rispetto alla giurisdizione distingue egli tra il *ius dicere* e il *ius dictare*, onde i due termini *iurisditio*, e *iurisdictio*. « Iuris civilis auctoritas, così egli,

pero disposato alla giurisdizione scaturisce *l' imperium mixtum*, per distinguersi dal *merum imperium*, ch'è il potere arbitrario e intrasmissibile per l' esercizio della giustizia criminale (1).

La giurisdizione si suole ordinariamente distinguere in volontaria e contenziosa: esercitata la prima *inter volentes*, ha per oggetto la solennità di taluni atti, i quali invalidi sarebbero senza il suo intervento, non havvi contestazione, non vera definizione di diritto, non sentenza, viene appellata nelle fonti *legis actio* (2) e per l'ordinario si riferisce alla *in iure cessio*, all' *adoptio*, alla *manumissio per vindictam*, all'*emancipatio* (3): spiega la seconda *inter nolentes* la sua efficacia, e abbraccia l'intero cammino processuale tra coloro che contendono sopra un diritto. A differenza della prima che segue il magistrato fuori del territorio di sua giurisdizione e che riferir si può ad atti concernenti gl'interessi di lui (4); essa viene di necessità esercitata in un determinato

duas habet partes quarum altera quando necesse est iudiciis mostrare recentibus abdita rei *iurisditio* eleganter dici potest, estque dominium quod potestas civilis habet iuris mere civilis; quod cum *dictat* altera auctoritatis pars est, atque *iurisdictio* appellatur, sive summa potestas id dictet, sive eius imperio submissa » (Ibid. 116). E secondo questo concetto definendo egli la giurisdizione dice: « *iurisdictio* est formula quam sive scripto, sive edicto; ordo vel Rex animo iuris condendi emittit, quod proprie et *ius edere...*, vel est formula aut scripto aut dicto proposita, quae populus universus aut maior pars eius suffragiis iubet.» (Ibid. 148) Il concetto del Vico è acuto e filosofico, ma non ha riscontro nelle fonti. — In un senso improprio le fonti chiamano *iurisdictio* l'editto pretorio (L. 9, C. de leg. VI, 37), e Cicerone, il complesso di tutto ciò che avviene *in iure* (de invent, II, 19, 58).

(1) Imperium aut merum aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertandos facinorosos homines. Mixtum est imperium cui etiam iurisdictio inest. L. 3, D. de iurisd. II, 1. — L. 1, § 1, D. de offic. eius I. 21.

(2) Apud magistratus municipales si habent *legis actionem*. Paul. sent. II, 25, 4.

(3) Gai II, 24, Vat, frag. 49. L. 4 D. de adopt. I, 7. L. 3, D. de offic. proc. I, 16. L. 1, D. de offic. iurid. I, 20.

(4) Magistratus apud quem legis actio est et emancipare filios suos et in adoptionem dare se posse Neratii sententia est. L. 4, D. de adopt, I 7. — L. 2, D, de offic. praes. I, 18.

distretto territoriale (1), ed è inefficace pei diritti sia del magistrato, sia di certo ordine di persone a lui congiunte (2).

La giurisdizione contenziosa può o in tutto o in parte esser delegata *(mandare iurisdictionem)* e con essa tutte quelle dipendenze e poteri necessari al suo esercizio (3). Sin dai tempi dei Re fu in uso a Roma il delegare questo potere (4), il che ascrive il giureconsulto Giuliano ad una consuetudine antichissima degli antenati (5). Nessun pubblico carattere per questo mandato si accresce al delegatario, non essendo il diritto, bensì l'esercizio che si delega ed egli *non suo proprio imperio agit sed pro eo cuius mandatu ius dicit* (6). Rispetto ai contendenti nulla s'innova, essi restano estranei all'atto, nè acquistano nè perdono di valore i loro diritti o i mezzi processuali ai quali possono ricorrere.

Suolsi la *iurisdictio* ancora distinguere in propria e prorogata. Questa trova luogo allorchè i litiganti sia espressamente, sia tacitamente, non però per errore (7), consentono di sottoporre la lite alla cognizione di un altro magistrato, che altrimenti non sarebbe competente per ragion di territorio e di materia. Non perciò è lecito alle parti di creare il magistrato, questi deesi trovare investito già di autorità pubblica (8); dietro la comparsa e l'iniziamento della procedura non più è permesso di dipartirsene (9). Si badi a non confondere la prorogazione propriamente detta con quella che viene dalla legge e che massime ha luogo nelle domande riconvenzionali (10).

(1) Intra territorium ius dicent impune non paretur. L. 20 de iurisd. II. 1.

(2) L. 10, D. iurisd. cit.

(3) L. 2, D. de iurisd. cit.

(4) Nam cum antea profectis domo regibus ac mox magistratibus ne urbe sine imperio foret *in tempus* delegabatur qui ius redderet ac subditis mederetur. Tav. VI, 11.

(5) L. 5, D. cit.

(6) L. 3, D. Cod. — L. 1, 16, Eod.

(7) L. 2, D. de iud. et ubi quisq. V. 1.

(8) L. 3, C. de iurisd. omn. ind. III, 13.

(9) L. 30, D, de ind. et ubi quisq. V. 1.

(10) Non bisogna confondere il magistrato delegato col *iudex datus* quegli può nominar questi. Cic. in Coecin. 15, L. 12, § 1, D. de iud. V. 1.

CAPO III.

Magistrati con giurisdizione

Quali persone furono investite dell'autorità della legge e del potere giurisdizionale nei diversi periodi e nei molteplici cangiamenti di costituzione e di forme nello Stato romano? A questa domanda uopo fa rispondere coll'esposizione storica della romana magistratura nei suoi rapporti colla costituzione dello Stato. Non puossi trasandare questo cenno senza lasciare un vuoto nello studio speciale del procedimento.

§ I.

EPOCA DEI RE

Roma, fin dal suo nascere, allorchè città e territorio estendevansi appena sulla superficie di poche miglia quadrate e la popolazione ascendeva da dieci a ventimila tra pastori e contadini, offre una costituzione compiuta pei rapporti politici e civili di quei tempi; inesplicabile qualora se ne consideri la fondazione come il risultato di uomini senza tradizioni, senza leggi, senza costumi; logica quando quei primi abitatori più che individui selvaggi, furono famiglie congiunte per lingua, per tradizione, per culto. Non tocca a noi d'entrare a investigare le origini di quella città, le costumanze, l'indole, il carattere di quella gente primitiva. Abbastanza luce lo storico e il filologo han saputo gittare su quell'epoca favolosa, e noi ne raccogliamo l'ultima parola per la quale, più che all'incontro di diverse razze, con ogni verosimiglianza l'origine di Roma è attribuita alla sola razza latina, e questa altro non essere che razza indo-germanica, sorella non figlia della greca, venuta per terra non per mare in Italia (1).

Stato e famiglia in Roma si costruiscono sopra identico fondamento, unità e indivisibilità di potere nelle mani del padre e del Re, perpetuità della rappresentanza, irresponsabilità dell'uno e

(1) Mommsen. röm. Geschichte, 1, 2, 3, 4.

dell'altro; primo e solo il padre nella famiglia, primo e solo il Re nello Stato; il *pater familias* tutela la dignità, gl'interessi, la giustizia dei suoi amministrati assistito talora da un consiglio di prossimi parenti, il *Rex* tutela la dignità, gl' interessi, la giustizia dello Stato assistito da un collegio di patrizî. L' impero e la giurisdizione non sono che attributi della potestà regia. Il Re può circondarsi di un Senato, creare delle commissioni pei diversi rami di amministrazione e di culto, per l' inquisizione dei crimini, per l'ordinamento delle milizie; egli può ad altri affidare il comando dell' esercito, delegare l'autorità della giustizia in quella misura e per quel tempo che meglio gli aggrada; e con tutto ciò egli solo l'unico organo dello Stato, l'unico comandante dell' armata, l'unico giudice nelle controversie tra i cittadini (1). Nondimeno siccome l' autorità regia è superiore a quella del *pater familias*, e talune controversie debbono da costui portarsi innanzi al Sovrano, così lo Stato è superiore al Re e l'assolutezza dei suoi poteri non impedisce che per una legge fondamentale, nell'ordine della giustizia nomini dei magistrati che con giurisdizione propria conoscano di taluni delitti (2).

(1) Lo stesso 1, 5 pag. 64-67, ediz. quinta. Quod ad magistratus attinet initio civitatis huius constat reges omnem potestatem habuisse. L. 2, § 14, D. de orig. iur. 1, 2. Nihil est tam reale quam explanationem aequitatis in qua iuris erat interpretatio; quod ius privati solebant petere a regibus ob easque causas, agri, arvi et orbusti, et pascui lati atque arbores definiebantur, qui essent regii, qui colerenturque sine regum opera et labore, ut eos nulla privati negotii eura a populorum rebus abduceret; nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter litis, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis. Cic. de Rep. V, 2.

(2) Studiando con qualche interesse questa parte oscurissima della potestà dei giudizî nel primo periodo di Roma, ci siamo incontrati in una difficoltà messaci innanzi da un passo di Livio. Nel lib. I, 26, tratta lo storico romano del solenne giudizio contro Orazio vincitore dei Curiazî e uccisore della sua sorella; egli dice, che il delinquente fu *raptus in ius ad regem :* costui in un'affare tanto spinoso, per non esser giudice, *decemviros inquit, qui Horatium perduellonem iudicent* SECUNDUM LEGEM FACIO. *Lex horradi carminis erat :* DUUMVIRI PERDUELLIONEM IUDICENT *si a* DUUMVIRIS *provocaverit, provocationem certato si vincant, caput obnubito, infelici arbore resto suspendito.* HAC LEGE DUUMVIRI CREATI SUNT, *qui se absolvere non rebantur ea lege ne innoxium qui-*

Sotto i re troviamo i *Praefectus urbi*, proposti al governo della città e all'amministrazione della giustizia, sostenere tutta la di-

dem posse cum contemnassent. Tum alter ex his; Publi Horati, tibi perduellionem iudico, inquit. Tum Horatius auctore Tullo clemente LEGIS INTERPRETE *provoco inquit, ita de provocatione certatum ad populum.* Qualora il re solo avesse il diritto e il dovere insieme di giudicare come spiegasi l'esistenza di una legge (carmen) che attribuiva ai *decemviri* indipendentemente da qualsiasi delegazione il potere di giudicare nei crimini di perduellione? *decemviri iudicent*, le parole sono imperative. Che il Re crea il magistrato è ben naturale, in tutti i governi il magistrato è proposto dal potere supremo dello Stato; ma esercita indipendentemente da lui le sue funzioni, non è un rinvio per delegazione, ma un diritto giurisdizionale quello di condannare o assolvere un colpevole. I Duumviri, una volta creati esercitano la giurisdizione *ipso iure* e in forza della legge fondamentale (carmen), o questa giurisdizione è una emanazione, una delegazione del potere assoluto sovrano? È il re che giudica per organo dei duumviri, o sono questi che giudicano da se in virtù della legge? Non si pone in dubbio che il re era in diritto di giudicare Orazio, questi fu tradotto direttamente innanzi a lui, il potere assoluto glielo accordava; ma una volta ch'egli crea i duumviri, sembraci che questi esercitano il loro potere per legge non per delegazione. E tanto piu stiamo fermi in quest'opinione per quanto altrimenti non sapremmo comprendere come Tullo potea creare i duumviri senza una *legge fondamentale*, mentre Dionigi di Alicarnasso ci fa sapere che il re, per disposizione di Romolo, potea commettere le cause più lievi alla cognizione di un senatore, le più gravi dovea sempre egli giudicarle (X. I). Laonde, pare che pei delitti di perduellione almeno, i giudici esercitavano una giurisdizione distinta dalla regia in virtù della legge. — Ordinariamente si ritiene che non fosse stato lecito di provocare al popolo dalla sentenza dei re, e per questo avere Tullo nominati i duumviri, onde far godere ad Orazio il beneficio della provocazione che accordavasi e rifiutavasi da lui. Quest' opinione che pure ha l'appoggio dall'autorità di antichi scrittori e che Pomponio favorisce (L. 2, § 16; D. de orig. iur. I, 2) non ci sembra la giusta e ciò sull'autorità di Cicerone, che scrive: provocationem autem a Regibus fuisse dederant pontificii libri, significant nostri etiam augurales, itemque ab omni iudicio poenaque provocari licore indicant XII Tabulae compluribus legibus (de Leg. II, 31). Il Mommsen altra limitazione al potere regio non assegna fuori del freno morale, non altra responsabilità quindi che quella innanzi agli Dei e allo sdegno popolare, che ritenutosi sciolto dal giuramento avrebbe fatta da se giustizia. Quanto abbiam discorso

gnità regia quando il capo dello Stato era costretto ad allontanarsi per comandare in campo l'esercito; troviamo i tribuni *militum et celerum;* però non si rinviene il carattere di un magistrato secondo il senso che si attribuisce oggi alla parola, bensì, giusta il detto del Mommsen, altrettanti commissari regi. La potestà esecutiva non va dalla giudiziaria distinta, e il potere regio assorbe nel suo assolutismo la somma di tutti gli uffici.

A Servio Tullio si ascrive da taluni lo aver fra gli altri capi della sua importante riforma quello ancora introdotto della distinzione tra potere esecutivo e giudiziario, e l'aver nei giudizi civili smembrata la sua autorità coll'affidarne a privati giudici l'amministrazione (1). Nè manca chi sostiene, che in questo periodo giudici in tutte le cause private fossero stati i Pontefici: la quale opinione, priva d'altronde di base, non potrebbe al massimo aver

nella presente nota convince dell'opposto: dovea esserci in Roma una *legge* fondamentale che avesse imposto al potere regio un'ordine, una limitazione e talune solennità nell'esercizio dell'*imperium*, e questa legge trovavasi forse nella raccolta dei libri pontifici col titolo di *lex regia*. Non bisogna fino alle ultime conseguenze protrarre il concetto e il parallelo della irresponsabilità del padre nelle famiglie, coll'irresponsabilità del re nello Stato. Nella famiglia ordinata tutta sopra elementi morali facile è il concepire una mera responsabilità morale; la legge, le prescrizioni giuridiche non invadono il santuario domestico se non quando il concetto puro di famiglia comincia a corrompersi, quando han luogo fatti contrari al sentemento della natura; e anche allora si lascia dominare innanzi tutto il diritto penale religioso pria del civile. Lo troviamo ciò in Roma stesso nelle pene religiose della scomunica e dell'esacrazione per il padre che vendeva il figlio ammogliato o esponeva un neonato, per il marito che alienava la moglie: questo esser dovea un freno potentissimo per il romano che non adorava per ischerno i suoi Dei. Ma nello Stato, in uno Stato come Roma, dove il Re non può *iniussu populi regnare*, dove il popolo *regem iubet, patres auctores facti*, è impossibile il potere senza freni giuridici, senza una costituzione sulla quale e secondo la quale il potere si svolga; regnare con semplice responsabilità morale non si potrebbe nella magnifica repubblica di Platone, molto meno presso un popolo ch'è all'infanzia della sua civiltà.

(1) Quest'opinione sostenuta dall'autorità di Dionigi (XI) pecca d'inverosomiglianza se si guardi all'insieme della romana costituzione.

altro valore, che quello di riputare nei Pontefici una giurisdizione nelle cose sacre in rapporto ai diritti dei privati (1).

(1) Puchta e Ihering vogliono che a tempo dei re la giustizia civile fosse stata compartita dai pontefici. Se ciò fosse, molte difficoltà svanirebbero, specialmente se, come si sostiene, pontefici fossero stati i re medesimi. Di ciò non trovasi traccia negli antichi scrittori, e se molte funzioni e officî sacerdotali furono disimpegnati dai re, in modo veruno risulta che fossero stati essi i pontefici. Ci viene per l'opposto insegnato che i pontefici erano da loro nominati, così p. e. Livio: « Pontificem deinde Numa, Marcium, Marci filium ex patribus legit, eique sacra omnia exscripta, exsignataque attribuit, quibus hostiis, quibus diebus ad quae templa sacra fierent.... Cetera quoque omnia publica privataque sacra pontificis scitis subiecit, ut esset quo consultum plebis veniret, ne quid divini iuris negligendo patrios ritus peregrinosque adsciscendo turbaretur (I. 20). » Pomponio fa menzione espressa di un collegio di pontefici ai quali erano commesse l'interpretazione del diritto e le azioni: « omnium tamen horum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, *ex quibus constituebatur quis quoque anno praeesset privatis* et fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est. (L. 2, § 6, D. de orig. iur. 1, 2). » Da queste parole del giureconsulto s'è voluto argomentare che la giurisdizione nelle contese tra privati si fosse trovata in mano dei pontefici; ma contro ragione, se per un momento solo si riguardi all'ordine dell'intiero frammento. Dal principio al § 13 il giureconsulto tratta dell'origine del diritto; dal § 14 al 34 dei magistrati che presiedono all'amministrazione del diritto; dal 35 alla fine, dei giureconsulti; trovandosi dunque quelle parole nella prima parte non possono che riferirsi all'origine del diritto, non già alla giurisdizione della quale è discorso nella parte seconda, e in cui espressamente è detto: initio... reges omnem potestatem habuisse. Sarà dunque il giureconsulto caduto in contradizione con se stesso coll'attribuire ai pontefici parte della giurisdizione, quando la rivendica tutta ai re? Che se vuolsi esser corrivi di trovare nelle parole: *quis quoque anno praeesset privatis*, una vera e propria giusisdizione dei pontefici negli affari civili; noi da parte nostra osserviamo, che questi affari in ogni caso, esser potevano di loro competenza dal lato religioso per quell'intimo nesso che a principio passava tra il diritto civile e il sacro, onde nascevane il *ius pontificium civile*. Sicchè per questo modo di considerare le cose private sotto l'aspetto religioso, ben poteasi dai pontefici in ogni anno nominare *quis privatis praeesset*. A questa induzione ci porta l'autorità di Cicerone, di cui riferiamo le parole per quanto lunghe possano sembrare: « Saepe, inquit, Publii filius, ex patre audivi,

Il popolo romano era già stanco dei suoi re e più di lui gli ottimati e il senato che fin dalla morte di Romolo aspirarono al

pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset, totumne? quid ita? quid enim ad pontificem, de iure parietum aut aquarum, aut nllo omnino *nisi eo quod cum religione coniunctum est?* td autem quantulum est? de sacris credo, de votis de sepulchris et si quid eiusmodi est. Cur igitur haec tanta facimus cum cetera perparva sint, de sacris autem, qui locus patet latius haec sit una sententia, ut conserventur semper et deinceps familiis prodantur, et ut in lege posui perpetua sint sacra? Exposita haec iura pontificum auctoritate consecuta sunt, *ut ne morte patris familias sacrorum memoria occideret* IIS ESSENT EA ADIUNCTA ad quos EIUSDEM MORTE PECUNIA VENERIT. Hoc nno posito... quaeritur... qui adstringantur sacris! Il filosofo oratore seguita a parlare dell'eredità, degli eredi, e in quanti modi puossi sacris adstringi, indi soggiunge: videtur igitur omnia pendere ex uno illo quod pontifices: *cum pecunia sacra coniungi volunt eidemque haereditates et cerimonias adscribendas putant.* (de legib. II. 19, 20).» Ci si conceda di trascrivere le belle parole del Mommsen intorno all'origine, alla competenza e agli uffici dei pontefici e che sono per la nostra controversia decisive. Die fünf » Brückenbauer » (pontifices) führten ihren Namen von dem ebenso beiligen wie politisch wichtiegen Geschäft den Bau und das abbrechen der Tiberbrücken zu leiten. Es waren die römischen Ingenieure, die dass Geheimniss der Masse und Zahlen verstanden; woher ihnen anch die Pflichte zukam den Kalender des Staats zu führen, dem Volcke, Neu-und Vollmond und die Festtage abzurufen nnd dafür zu sorgen dass jedes gottesdinstliche wie jede Gerichtsbandlung am rechten Tage vor sich gehe. Da sie also vor allen andern den Ueberblick über den ganzen Gottesdinst hatten, ging auch wo es nöthig war bei Ehe, Testament, und Arrogation an sie die Vorfrage ob das beabsichtige Geschäft nicht gegen das göttliche Recht irgendwie verstosse, nnd ging von ibnen die Feststellung und Beckantmachung der allgemeinen exoterischen Sacralvorschriften aus, die unter den Namen der Königsgesätzt beckant sind. So gewannen sie wenn auch in voller Ausdehnung vermütlich erst nach Abschaffung des Königsthum die allgemeine Oberaussicht über den römischen Gottesdinst, und was damit zusammenhingt, nnd was hingt damit nicht zusammen? Sie selbst bezeichneten als Inbegriff ihres Wissens die Kunde geistlicher und menchlicher Dinge. In der That sind die Anfänge der geistlichen und rechtlichen Rechtswissenschaft wie die der Geschichts anfzeichnung aus dem schosse dieser Genossenschaft hervorgegangen. Denn wie alle Geschichtsschreibung an den Kalender und das Jahrzeitbuch anknüpft, musse auch

potere, lo afferrarono, v' intesero l'animo e l'avrebbero mantenuto, se il popolo alla molteplice servitù e alla tirannide di cento non avesse fatto sentire i suoi fremiti e non li avesse rovesciatò. Un re umanitario, generoso, profonde modificazioni apportò nella vita amministrativa, politica, finanziaria dello Stato, si fece capo di una nuova costituzione, ebbe forse il magnanimo proposito di abdicare alla regia dignità nelle mani del popolo, ma l' esacrata ambizione di Tarquinio lo tuffò nel sangue pria di condurlo ad effetto. Il malcontento e i rancori della moltitudine avevano toccato gli estremi, insoffribile il giogo di un tiranno che comandava iniussu populi., oppressa la condizione dei cittadini incerti dei loro diritti, abbietta quella della plebe, che tolta alle armi la si addiceva agli scavi, ai lavori delle strade e degli acquidotti. Gli animi stavan sollevati alla ferocia di Tarquinio soprannominato il Superbo, il quale niegava sepoltura alle ceneri del buon re Tullo, trucidava i padri partegianti per costui, pronunziava sentenze capitali senza l'assistenza di un consiglio, metteva al bando gli onèsti perchè ricchi, non riempiva le lacune lasciate dai senatori uccisi per non convocare il Senato, per non avere un censore dei suoi atti (1). La schiavitù pesava, il desiderio dell' uguaglianza dei diritti fra tutti gli ordini dei cittadini all' interno, l'ambizione della romana cittadinanza all' estero, la guerra sorda e sotterranea mossa dai non possidenti a quelli che possedevano, il bisogno d' una amministrazione più equa, di un freno ai supremi e assoluti poteri, tutto ciò cospirava colla esacrabile condotta del Superbo all'abolizione della dignità regia. Gli elementi eran preparati, mancava l' uomo e il pretesto, e l'uno e l' altro non tardarono: una matrona romana che si conficca nel petto il pugnale per non sopravvivere all' onta inflittale dalla libidine di un Tarquinio, un uomo il più grande, il più energico per fermezza di propositi e per amor di patria che giura di vendicare questa morte eroica e innocente: ecco chi spinge il popolo alle armi per rivendicare la sua libertà (245).

di Kunde des Processes und Rechtssätze, da nach der Einrichtung der römischen Gerichte in diesen selbst eine Ueberlieferung nicht entstehen konnte, in dem Collegium der Pontificen traditional werden, das über Gerichtstage und religiöse Rechtsfragen ein Gutachten zu geben allein competent war. (Röm. Geschichte I. 12, pag. 173).

(1) Liv. 1, 49.

§ 2.

PERIODO REPUBBLICANO

Cacciando i Re non mutava Roma la sua costituzione fondamentale, non ne attaccava l'unità. Creò il *rex sacrificulus* a impedire che taluni pubblici sacrifizi si disimpegnassero ulteriormente dalle novelle autorità che andava a costituire (1); ma non sopprimeva la dignità regale che tutta trasferiva in due capi supremi (2).

A. Consoli

Furono i consoli che tolsero in mano tutto l'*imperium*. Essi si distinsero dai re non per ragione di autorità che fu la stessa, bensì per ragion di tempo e per numero; che laddove un solo era il re e investito del supremo potere a vita, i consoli furon sempre nominati nel numero di due e per solo un anno (3). Il nome loro ordinario fu sempre quello di consoli (4), quantunque abbiano avuto ancora quello di pretori e di giudici (5). Ciascuno dei

(1) Liv. II, 2.

(2) Regio imperio duo sunto praeeundo iudicando, consulendo praetores, iudices consules appellamino, militiae summum ius habento, nemini parento, ollis salus populi suprema lex esto. Cic. de leg. III, 3. Regium genus, reginm nomen, non solum in civitate sed etiam in imperio esse. Liv. II, 2. — Dionys. IV, 73-75.

(3) Libertatis autem originem inde magis, quia annnum imperium consulare factum est — omnia iura, omnia insigna primi consules tenere. Liv. II, 2.

(4) Gli antichi derivarono la voce *Consul* da *a consulendo* come a *praeeundo* quella di Praetor, così Nonio: « consulum et praetorum proprietas quod consnlant et proeeant populis auctoritate Varronis ostenditur de vita populi rom. L. 2. Quod idem dicebantur consules et praetores, qnod praeerant populo praetores, quod consulerent senatui consules. » I moderni hanno rifiutata questa etimologia, così il Mommsen deriva la voce da *cum* e dall'antico *xulere* saltare insieme, danzare.

(5) Iudicem enim consnlem appellari. Quae refellitur interpretatio quod iis temporibus nondum consulem iudicem, sed praetorem appellari

consoli, ognuno per se, esercitava piena ed intiera la potestà consolare, senza esser l' uno all'altro di limite; che se l'uno mettevasi a capo dell'armata, l' altro prendeva l' amministrazione della giustizia. Non toglieva ciò che avessero scambievolmente potuto l' uno pigliar parte all' ufficio dell'altro senza collisione di sorta. La potestà regia era indivisa: quel che presso i re fu attributo di un solo, sotto la repubblica si conservò nella sua unità posata sovra due individui. Ad evitare che questa unità si frangesse, offrendo così il tristo spettacolo di due tiranni, fu vietato che potessero ambidue avere i fasci e la scure simboli del potere (1); quindi i lettori consolari li deponevano tutte le volte che in Roma entrava il console da giudice non da comandante dell'esercito. Così nell'unità dei fasci si simboleggiò l' unità del potere, laddove nella dualità degl' individui si fondò il principio dualistico nel potere medesimo, onde Roma divenne grande e potente.

Anche viziosamente eletti (2) i consoli non potevano, trascorso l'anno del loro ufficio, essere dal loro posto scacciati; volontariamente doveano rassegnare nelle mani del popolo il potere e validi ritenevansi gli atti da loro ulteriormente compiuti. Che se una legge mancava la quale avesse costretto il console ad abbandonar il potere, pure, ripresa la vita privata, poteva al pari di qualsiasi cittadino, esser posto in accusa, condannato anche nel capo, sì per i delitti da lui commessi durante l'ufficio, come per l' usurpazione dei poteri consolari.

Io non mi estenderò ad esporre le vicende tutte del consolato, come dai consoli il potere passi nei decemviri proposti a formulare la nuova legislazione delle XII Tavole (300) (3) e quindi sia loro di bel nuovo restituito (4); come il patriziato sia co-

mos fuerat. Liv. III, 55. E Quintiliano dice, che puossi dubitare an a consulendo dicantur consules, an a iudicando, nam et hoc consulere veteres vocarunt, unde adhuc remanet illud rogat boni consules, id est boni iudices. I, 6, 32.

(1) Et modo cautum est, ne si ambo fasces haberent, duplicatus terror videretur Liv. II, 1; e Cicerone dice, che la « lex Publicola instituit — ut singulis consulibus alternis mensibus lictores praeirent ne plura insigna essent imperii in libero populo quam in regno fuisset,» de Rep.II,31.

(2) Varr. de Ling. Lat. VI, 30.

(3) Liv. III, 33.

(4) Liv. III, 54, 55.

stretto a riconoscere un console plebeo in virtù di una legge (387) (1); come la preponderante plebe giunge a imporre nei comizi un secondo console plebeo, di cui la nobiltà fa dai suoi auguri dichiarar viziosa l'elezione e dispiacevole a Numi, elezione poscia espressamente riconosciuta dalla legge Genucia (412) (2); come il potere dai consoli man mano riceva un limite e dalla nuova legge, e dalla creazione di nuove magistrature con talune attribuzioni proprie alla potestà consolare; questo svolgimento tocca alla storia, per noi basta quel tanto che concerne la giurisdizione.

Nei giudizi penali, dalla legge Valeria (245) si provvide al diritto della provocazione al popolo unico presidio di libertà (3) contro le pene capitali e le condanne alle verghe. Questo diritto messo più volte in non cale per la potenza dell'oro dei pochi che vincevala sulla libertà dei molti, ebbe d' uopo di essere ripetutamente sanzionato: troppo leggiera era la nota d' infamia per il console che rifiutavasi di accordare questo beneficio. Dopo la secessione al monte sacro (260) la plebe ebbe più sicure garentigie nella limitazione del potere consolare ottenendo un magistrato proprio, il tribuno; mentre la legge Aternia Tarpea (303) ridusse le pene multuarie al massimo di trenta pecore e di due giovenchi (4).

In materia civile potea contro la decisione di un console essere invocata l' intercessione dell'altro. Oltrechè sembra che sotto il consolato di buonora siasi convertita in funzione regolare la potestà del magistrato di affidare a scelti cittadini la cognizione del processo. Nell' amministrazione della giustizia, essendo stata data a due funzionari simultaneamente la sovrana autorità, inutile rendevasi qualsiasi delegazione generale simile a quella fatta

(1) Creatique tribuni C. Licinius et L. Sextus promulgavere leges omnes adversus opes patriciorum et pro comodis plebis — tertia ne tribunorum militum comitia fierent, consulumque utique alter ex plebe crearetur — Lucius Sextus de plebe primus Consul factus. Liv. V. 33, 42.

(2) Liv. VII, 42, Zonoras VII, 25.

(3) Qui tamen ne per omnia regum potestatem sibi vindicarent, lege lata, factum est, ut ab eis provocatio esset, neve possent in caput civis romani animadvertere iniussu populi, solum relictum est illis ut coercere possent et in vincula publica duci iuberent. L. 2, § 16, D. de orig. iur. I, 2. — Liv. III, 54. Cic. de Rep. II, 31.

(4) Liv. V, 46.

dai re; onde in questo novello periodo veri delegatari più non esistono, ma solo funzionari o commissari per affari speciali sopra i quali i consoli, sebbene abbiano il diritto e il potere, tuttavia non possono attuarlo che a mezzo di rappresentanti, ciò nella cognizione del processo civile.

In tempi anormali per la repubblica eleggevasi dal popolo, dai senato consulti, dai consoli (1), un dittatore, la cui nomina era seguita dalla sospensione di tutti i poteri consolari. L'intiera autorità regia circondata di tutto il suo assolutismo rinasceva, la somma dell'impero e della giurisdizione provvisoriamente passava nel dittatore, che godeva di ogni facoltà tanto nelle cose dello Stato, quanto nell'amministrazione della giustizia, e che condannava nel capo senza diritto di provocazione al popolo. A cagione di questa esorbitanza di potere era la dittatura circoscritta a sei mesi (2), perchè non trasmodasse in tirannide un semplice temporaneo provvedimento per la salute dello Stato.

Limitata in diversi modi, la potestà dei consoli un'altra restrizione soffrir dovea nella nuova magistratura che a Roma s'istituiva. Tuttavia non avendo formalmente perduta la giurisdizione, vedevansi i Consoli, benchè di rado, occuparsi della giustizia; quantunque tutta la loro cura stata fosse diretta al governo dello Stato e al comando delle milizie.

B. Pretori.

Indebolita la potenza dei nobili per la creazione di un console plebeo, i patrizi a mettere un argine all'invadente democrazia, a salvare per qualche tempo ancora il loro predominio, i loro privilegi dalla plebe ottennero licenza di nominare un nuovo magistrato per l'amministrazione esclusiva della giustizia (387) (3), sotto il pretesto di essere essi i solo custodi del diritto, quindi i conoscitori e gl'interpreti. Ebra della riportata vittoria, e condiscendente, come spesso esser suole il vincitore col vinto, la

(1) Liv. III, 26. V. 46, IX, 36.

(2) Liv. IX, 34.

(3) Concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeo, a plebe nobilitati de praetore uno, qui ius in urbe diceret ex patribus creando, Liv. VI, 42.

plebe non esitò di secondare i desideri del patriziato, ignara dei lacci che le si tendevano e del come l'amministrazione della giustizia dimanante da un diritto arcano fosse il mezzo potente per asservire le moltitudini e per dominare. Nè il pretore, che tale fu il nuovo magistrato, rimaneva estraneo agli altri pubblici negozi dello Stato (4), il che equivaleva ad un compenso di ciò che colla concessione del console plebeo aveano i patrizî perduto nel monopolio dell'impero; onde il pretore si disse collega dei consoli, creavasi coi medesimi auspici (5); avvegnachè loro stesse al di sotto per dignità. Inverosimile appare quindi la sentenza di Pomponio che la creazione della pretura riportò al bisogno di un magistrato a Roma per sovvenire al difetto dei consoli quando partivano per la guerra (6). Non l'interesse generale della giustizia, bensì il privato di una casta; non il bisogno, bensì l'ambizione della nobiltà procurarono la nascita della pretura. Che se in seguito divenne la pretura l'organo del diritto e della civiltà, non al patriziato se ne dee il merito, sibbene alla plebe. L'istituto della pretura acquista per noi importanza sociale, allorquando Publio Filone, uomo plebeo, fu portato a questa dignità (417) a malincuore dei nobili che a tuttuomo gliela contesero (7).

A causa dei novelli e continui rapporti che di giorno in giorno sempre crescevano a Roma tra cittadini e stranieri; collo sviluppo commerciale, che nella città dominatrice pigliava larghe dimensioni, si fe' sentire il bisogno di un magistrato che regolasse i rapporti nascenti e dirimesse le controversie tra i cittadini e tra coloro che non godevano di questa prerogativa, e fu creato (507). Da ciò la distinzione di *praetor urbanus, qui inter cives ius dicit* e di *praetor peregrinus, qui inter peregrinos ius dicit,* lasciando alla sorte lo assegnare i rappresentanti dell'una e dell'altra pretura.

Gran differenza corse tra i due pretori rispetto alla dignità ed all'ufficio; perchè laddove il pretore peregrino era solo proposto alla giustizia e a supplire l'urbano nella sua assenza; quest'ultimo, oltre al potere dei giudizi, pigliava parte nella cosa militare, or-

(1) Liv. VIII, 2, X 45, XXII, 33, 35. Gell. XIII, 4, 8.

(2) Praetorem quidem etiam iura reddentem, et collegam consulibus, atque iusdem auspiciis creatum. Liv. VII, 1.— VIII, 32, X, 21, Gell. cit.

(3) L. 2, § 27, D. de orig. iur. I, 2.

(4) Liv. VIII, 15.

dinava i comizî centuriati, presiedeva ai tributi, spediva per ordine del Senato lettere al Dittatore e ai Consoli, convocava per editto i Senatori da tutta l'Italia, faceva i giuochi Apollinari, teneva il posto dei Consoli assenti, pubblicava gli editti, redigeva liste dei giudici, presiedeva ai collegi permanenti giudiziari. Si dubitò se competesse anche al Pretore peregrino di pubblicare l'editto; la scoverta delle Istituzioni di Gaio e della *lex de Gallia Cisalpina* tolsero ogni ombra di dubitare (1). Nondimeno, nessuna importanza dà la storia all'editto di questo Pretore, nè la giurisprudenza ne tien conto, per quanto abbia anch'esso contenuto parte del *ius amplissimum* della legislazione pretoria. Ciò nonostante, dovette una grande influenza esercitare nella riforma del diritto col mettere in essere gli elementi del *ius gentium*, meglio forse che non abbia fatto l'editto del Pretore urbano, per quell' immediato contatto in che il peregrino trovavasi cogli stranieri e per il bisogno di derimer sempre le controversie secondo le norme dell'equità o sulla base del diritto internazionale. Nella compilazione dell'editto perpetuo dovette Salvio Giuliano aver sott'occhio gli editti di ambedue i pretori, sicchè ne rifuse il contenuto. Ma siccome naturalmente coll'estendersi della cittadinanza a tutto l'impero il Pretore peregrino decadette della sua importanza e venne meno; così di lui appena rimase l'eco del nome nella giurisprudenza, e a torto i giureconsulti ascrissero il rinnovamento dell'intiera legislazione al Pretore urbano.

Quanto al numero dei Pretori, ecco ciò che ne riferisce Pomponio (2): presa la Sicilia, la Spagna, la Sardegna, le Provincie Narbonesi, tanti Pretori si nominarono quante le provincie ridotte sotto il dominio romano; Cornelio Sulla ne accrebbe di quattro il numero e due ve ne aggiunse Giulio Cesare; fu Augusto che li portò a sedici e a diciotto Claudio, coi due pretori fideicommissari da lui nominati. Tito ne detrasse uno raggiuntovi poscia da Nerva. Così fino ai tempi di Pomponio, contemporaneo di Alessandro Severo, diciotto pretori godevano della giurisdizione a Roma (3).

(1) Ius edicendi habent magistratus populi romani, sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum urbani et peregrini. Gai I, 6. — Ea stipulatione, quam is qui Romae inter peregrinos ius dicet, in albo propositam habet. Lex de Gall. Cisalp. 20.

(2) L. 2, § 32, D. de orig. iur. I, 2.

(3) Il racconto di Pomponio è contradetto da varî scrittori. Tacito

La giurisdizione pretoria spiegò nei due primi secoli tutto il suo lustro: le chiuse il campo all'attività e al movimento legislativo la promulgazione dell'editto perpetuo sotto Adriano; mentre dall'altra parte i Prefetti della città e del pretorio coi loro estesi poteri riducevano il Pretore a un magistrato locale e loro subordinato. Nel basso impero la pretura si riduce a un totale avvilimento e sparisce.

Il posto tenuto dal Pretore a Roma non trova riscontro veruno nei moderni civili e politici ordinamenti. Il Pretore è un magistrato supremo che al pari dei Consoli è fornito dell'*imperium* e della *iurisdictio;* eppure uno dei nostri giudici di mandamento lo supera nel potere dei giudizi. Dapoichè laddove questi può pronunziare sentenza, il Pretore, anche nelle più piccole controversie, deve solo istruire e ordinare il processo; ma rimettere i contendenti a giudici privati. Però istruito il processo compete a lui il diritto di sorveglianza per giungere alla sentenza, egli può accorciare e allargare i termini fissati, sospenderli finchè si sappia il risultato di qualche altro processo che abbia rapporto con quello già istruito, nelle cause connesse, se non furono portate dal bel principio allo stesso giudice, può togliere e conciliare le contradizioni delle sentenze; appartiene a lui di sollecitare le sentenze, costringere con multe il giudice al suo ufficio, dispensarnelo, emettere dei provvedimenti per assicurare l'esito della sentenza senza pregiudicarlo. E terminato il giudizio, è il Pretore che dee sorvegliare e provvedere all'esecuzione della sentenza, rilasciare delle provvisorie disposizioni, usare anche della forza.

L'attività del pretore, fino al sesto secolo, ebbe un campo assai ristretto per quel rigorismo della legge decemvirale, che la validità e l'efficacia del diritto facea dipendere dalla scrupolosa osservanza delle formole e del sacramentalismo delle parole. Ma quando la legge Ebuzia venne a dichiarar caduta in desuetudine l'antica procedura per sacramento, la persona del pretore, senza

(Ann. I, 15) ci fa sapere che Tiberio « candidatos praetura duodecim nominavit numerum ab Augusto traditum » quando il giureconsulto asserisce che « Divus Augustus sedecim praetores constituit. » Non è di veruno interesse per noi l'entrare nella ricerca del numero esatto dei pretori, solo notiamo, che a tempo di Valentiniano e Marciano (450) ne era assai scemato il numero e da questi imperatori venne ridotto a tre.

attaccare i religiosi fondamenti del diritto sancito nelle XII Tavole, divenne la più solenne manifestazione della civiltà e l'organo delle progressive riforme legislative. Col libero concepimento delle formule ch' egli rilasciava ai litiganti; colla concessione delle eccezioni contro le rigorose pretese giuridiche; colla pubblicazione degli editti nei quali indicava le norme generali che avrebbe tenute nell'anno di sua giurisdizione per amministrare la giustizia; coll'esercizio di quel potere straordinario, che in talune contingenze impiegava per la sicurezza del diritto; con tutti questi mezzi pervenne il Pretore a creare una legislazione novella a Roma, la classica legislazione. Non già ch' egli facesse delle leggi e le derogasse, il potere legislativo stava nel popolo, e il Pretore era magistrato, non legislatore. Però ei fingeva dei rapporti di fatto come aventi efficacia giuridica, e per l'opposto rifiutava la sua assistenza o dei rapporti creati dalla legge, come fossero inefficaci; a cagion d'esempio, s'egli non potea per erede e per *dominus* altri reconoscere fuor di colui che era tale per legge, pure concedeva mercè la sua giurisdizione il possesso dell'eredità e della cosa a colui, al quale la legge lo niegava, e glielo garentiva col suo *imperium*. Così si svolse la giurisdizione pretoria in apparente armonia, in antitesi sostanziale colla legge delle XII Tavole, sotto le tre forme del *ius civile adiuvandi, supplendi, vel corrigendi gratia*; e ciò in ispecialità nei rapporti processuali più che altrove, dapoichè era nei giudizi e nell'istruzione dei processi che spiegava il Pretore tutta la sua attività.

C. Edili — Questori — Censori

Con una giurisdizione speciale sulla pulizia e sul mercato si crearono a Roma gli Edili. Si distinsero questi in plebei (1), curuli (2), e cereali (3); dei quali, i primi tennero posto accanto al tribunato per assistere i tribuni in talune funzioni speciali, ed ebbero originariamente il compito di difendere la plebe contro le angherie e gli attentati dei patrizi; i secondi furono dalla plebe concessi alla nobiltà, dovettero però ben presto perdere il carat-

(1) Dionys. VI, 9.
(2) Liv. VI, 42, Gell. XIII, 13.
(3) Pomp. L. 2, § 32, D. de orig. iur. I, 2.

tere patrizio per essere stati nominati alternativamente a questa carica anche i plebei. Sicchè se distinti e separati furono da principio, gli Edili si confusero in seguito nel campo di loro giurisdizione, e i curali non in altro si differirono fuori che in taluni diritti di onorificenza (1). Gli Edili cereali furono introdotti da Giulio Cesare per sorvegliare al trasporto delle granaglie nella capitale e per disporre i grandi giuochi (2).

Fra le molteplici funzioni degli Edili, quelle sono di maggior rilievo che si riferiscono alla sorveglianza del culto verso le romane divinità secondo le patrie costumanze (3), alla disposizione dei giuochi pubblici, all'intima del giorno a coloro che possedevano i campi comuni onde non possedere al di là del tempo fissato dalla legge (4). Siedevano essi quali pubblici accusatori contro gli usurai (5), contro le matrone di macchiati costumi (6), bruciavano i libri proibiti (7), moderavano il lusso della città (8), provvedevano alla sicurezza pubblica e alla tranquillità delle strade (9), infliggevano delle pene pecuniarie (10), curavano l'annona; soprassiedevano al commercio dei viveri e dei cereali, alle compre e vendite di bestie e di schiavi (11). Ed era nel mercato che attuavano tutta la loro giurisdizione col conoscere dei litigi a queste compre e vendite relativi c dei quali erano giudici ordinari. Può dirsi che tutta la legislazione della polizia tanto importante sotto il punto di vista politico delle volte tanta incerta e indeterminata, dipendeva dalla potestà edilizia.

Al pari di tutte le altre magistrature, gli Edili furon tenuti in poco conto sotto l'Impero e sulla fine del terzo secolo non si fa di loro più cenno. Così ai tempi di Cicerone e di Pomponio ricercavasi l'edilità come gradino a posti più onorifici (12) mentre

(1) Plutarc. Marius V, Cic. in Verr. V, 14.
(2) Liv. VII. 1, 2.
(3) Liv. VI, 30, XXV, 1.
(4) Liv. IX, 14.
(5) Liv. VII, 28, X 23, 25, 41.
(6) Liv. X, 31, XXV, 2. Tac. II, 85.
(7) Tac. IV, 35.
(8) Tac. III, 52.
(9) LL. 40, 42, D. de Aedil. edit. XXI, 1.
(10) Gell. X, 1.
(11) Liv. X, 11, XXX, 26, 42. Cic. de leg. III, 3.
(12) Cic. de leg. ib.

poco dopo restringevasi ad una cerchia limitatissima e veniva meno.

Una speciale magistratura che provvedesse alle entrate e ai tesori dello Stato ebbe luogo nella persona dei Questori. Fin da quando governavano i re, l'amministrazione e la guardia del tesoro fu solita essere affidata a due individui col nome di *questores* (1). Questi, al pari di qualunque altro proposto agli uffici dello Stato, erano organi della persona regale cui le entrate esclusivamente appartenevano. Nella libera repubblica troppo pericoloso era lasciar nelle mani dei Consoli gl'interessi dell'erario. Valerio Poplicola (247), ben per tempo provvide a una pubblica cassa e a un pubblico edifizio vicino al tempio di Saturno, vietando che i Questori potessero ulteriormente presso di se trattenere il danaro dello Stato e rimettendo ai comizî curiati la nomina di questa magistratura (307) passata poscia ai comizî per centurie (2).

Scelti prima dal grembo della nobiltà, molto non tardò che i Questori poterono essere anche plebei (333) e ne fu portata a quattro il numero (3), due per le casse dello Stato e due per quelle delle milizie (447) mettendosi così sempre un limite ai poteri dei Consoli. Colla conquista dell' Italia si nominarono altri quattro Questori per l' amministrazione dell' erario nelle nuove provincie (487) (4). A quanto questo numero siasi accresciuto fino alla riforma di Silla è incerto, costui lo portò a venti (5) e ordinò che non più l'edilità, sibbene la questura fosse la condizione per essere ammesso al Senato. Cesare nominò quaranta Questori (6); sotto gl' imperatori si trovano i *quaestores imperatoris* o *Caesaris candidati principis* per l' ufficio loro speciale di leggere o di proporre al Senato gli ordini dell'imperatore (7): Augusto tolse l'amministrazione dell'erario a questa antichissima magistratura affidandola ad una nuova nella persona *Praefectus aerarii*, Claudio la rimise ai Questori di bel nuovo, finchè Tra-

(1) Tac. IX, 22. Plut. Poplic. XII.
(2) Tac. e Plut. cit.
(3) Liv. IV, 43, 54. Tac. cit. Polyb. IV, 39.
(4) Liv. Epit. 15, Tac. XI, 22.
(5) Tac. cit. Dio Cass. XLIII, 47, 51.
(6) Tac. XVI, 27, Plin. Epist. VII, 16.
(7) L. 1, § 2, 3, 4. D. de off. quaest. 1. 3.

tano la riconsegnò diffinitivamente al Prefetto. D'allora la questura urbana sparisce da Roma e non protrae che nelle provincie la sua limitata esistenza (1).

I cangiamenti arrecati nel 309 coll'ammissione di un Console plebeo alla somma dignità della repubblica furono a molti altri e alla nomina di nuove magistrature cagione. Per lunghi anni era il popolo rimasto senza censo solito a ordinarsi dai re e dai Consoli. Più oltre non potendosi questo differire, nè ai Consoli, a cagione delle continue gnerre, bastando il tempo a ridigere le liste censuarie, base dell'organizzazione delle centurie secondo le diverse fortune e le qualità personali dei cittadini; nel 310 presentossi una proposta al Senato per la creazione all'uopo di una nuova magistratura. Lieti i padri l'accolsero, non tanto per il nuovo ufficio, quanto per aversi un maggior numero di magistrati patrizi nello Stato; e in tal guisa trasse origine la Censura dal suo obbietto così appellata.

A quale e quanta autorità siano venuti i Censori, quali i loro offici vogliamo rapportarlo colle parole di Livio e di Cicerone. Il primo nel seguente modo si esprime: « Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque romanae penes eam regimen, senatus, equitumque, centuriae decoris dedecorisque discrimen sub dicione eius magistratus, publicorum ius privatorumque locorum, vectigalia populi romani sub nutu et arbitrio essent (2).» E Tullio: « Censores populi, aevitates, soboles, familias pecuniasque censento, urbis tecta, templa, vias, aquas, aerarium, vectigalia tuento, populique partis in tribus discribunto, exin pecunias, aevitates, ordines partiunto, equitum peditumque prolex describunto, caelibes esse prohibento, res populi regunto, probrum in senatu ne relinquanto (3).»

La plebe, che avea in tutte le altre magistrature mischiati i suoi elementi, e che a via di lotte progrediva nella politica e civile uguaglianza, volle anch'essa uno dei suoi membri all'importante carica di Censore. C. Marcio Rutilio, plebeo, stato già console, fortemente patrocinò i diritti del suo ordine, vinse l'ostina-

(1) Gai I, 6. L. 1. D. cit.
(2) Liv. IV, 8.
(3) Cic. de leg. III, 3.

tezza e l'orgoglio dei nobili, ottenne un Censore plebeo ed egli fu il primo (1).

La censura fu da principio quinquennale. Il dittatore Mamerco Emilio, in una pubblica assemblea avendo dimostrato come garentigia e custodia della libertà sia la breve durata nel possesso delle grandi magistrature; come bisogna imporre colla limitazione del tempo a coloro cui impossibile è d'imporre per legge; come annue fossero tutte le altre cariche, laddove la censura durava per un lustro; propose che fosse questa ridotta a diciotto mesi, abdicò nel frattempo alla sua dittatura, e per la legge Emilia (320) (2), lo Stato fu libero per tre anni e mezzo dalla censura.

Esorbitante e illimitato era il potere dei Censori, per come le due testè riferite testimonianze addimostrano. Nel redigere le liste censuarie classavano in modo tutto arbitrario i contribuenti (3), trasferivano da una tribù all'altra i cittadini, li classavano tra gli *aerarii* o tra i *cerites* (4), li privavano talvolta di tutti i diritti politici. Essi lodavano e biasimavano i cavalieri, li destituivano dal loro grado (5), notavano e rimovevano gl'indegni dal Senato (6), notavano le persone di cattivo costume (7) e coloro che incolto lasciavano il campo, in abbandono la vigna (8). Le note eran severe, pregiudicavano nella pubblica opinione; e perchè non avessero avuto l'aspetto di arbitrarie, i Censori ne segnavano nei registri il motivo. L'autorità del Senato scemò loro di efficacia (9).

Dal 730 fino al regno di Claudio non si crearono più Censori: da quest'epoca fu l'Imperatore sempre uno dei Censori, e in questa qualità esercitava un diritto di sorveglianza sovra i senatori e i cavalieri (10). Dal secondo secolo dell'era volgare la Censura spa-

(1) Liv. VII, 22.

(2) Liv. IV, 24, IX, 33.

(3) Varro de L. L. IV, 14. Liv. IV, 8. Cic. pro Cluent. 43, de Orat. II, 64, 66.

(4) Cic. pro Cluent. cit. Ascan. in Caec. 3.

(5) Cic. pro Cluent. 48, Valer. Max. IV, 1, 10. Plut. Pompeius 22. Svet. Octav. 38.

(6) Cic. pro domo 34. Liv. IX, 29, XXVII, 11, XXIX, 37.

(7) Liv. IV, 8, XXIV, 18, XXIX, 37.

(8) Gell. IV. 12.

(9) Liv. XXIX, 37.

(10) Tac. XI 25, XX, 4.

risce, e solo il principe se s'investe quando procede alla formazione del censo. Si tentò più tardi di ristaurare la Censura sulle basi primitive, ma cangiati erano i tempi e ogni sforzo fu vano.

Avevano i Censori una giurisdizione? Si niega da taluni; per noi sta che ne godessero una straordinaria in forza della quale infliggevano le note di biasimo, degradavano taluni individui e potevano *sarta tecta acriter et cum summa fide exigere* (1).

§ 3.

RISTAURAZIONE DELLA MONARCHIA (2)

Fin da tempi lontanissimi s'innalzavano sul Campidoglio le statue di quei sette Re, ai quali legava la romana tradizione il primo periodo della sua storia; Giulio Cesare ordinò che a quelle accanto si ponesse ottava la sua. I secoli della romana libertà sono passati, la repubblica ha compiuto già quel corso fatale, necessario, segnato a tutte le cose umane, e giunta all'apice della sua grandezza, declinando a poco a poco di bel nuovo si riduce alla base dalla quale erasi sollevata, alla monarchia. Un genio destinato a rappresentare diversi lati della perfettibilità umana con tutte quelle contraddizioni inconciliabili nell'individuo, sinteticamente armoniche nell'umanità; un genio che guardato da un sol punto di vista apparrebbe forse difettoso, ma preso nell'insieme di quelle vedute nelle quali può l'umanità esser compresa rappresenta la forza creativa della natura intelligente; un genio l'eco del cui nome ha riempito e riempirà sempre tutti i secoli; era chiamato a fondare un nuovo edifizio sopra gli elementi di una repubblica decrepita, scissa dalle interne discordie, impossibile a protrarre più oltre la sua esistenza a cagione delle corruzioni, degli spiriti partigiani, delle ire, delle individuali ambizioni; edifizio che pur si appalesa l'unico nella storia delle costituzioni umane e che solo era capace di sostenere il nome della romana grandezza non colle conquiste, sibbene col conservare quel che

(1) Liv. XXIX, 37, LXII; 3, XLV, 15.

(2) Nel tracciare le linee della nascente romana monarchia non possiamo che seguire i concetti delle stupende pagine del Mommsen, *Röm. Geschichte* III, cap. II.

era venuto per conquista alla repubblica. Gli ammiratori dei Cassi e dei Bruti, che di mente preoccupata abborriscono in Cesare un tiranno, o non si hanno reso conto dello stato in che la repubblica era bassamente caduta, o se l' han fatto, non hanno compreso, per le platoniche illusioni dei loro sogni, come il necessario svolgimento storico dell' ultimo periodo dell' oligarchia romana conduceva alla monarchia. Sarà stato Cesaro un tiranno, ma non per effetto di volere, bensì per condizione di tempi, per infamia dei suoi successori ch' ereditarono dal grand' uomo le ambizioni, non le virtù. Se necessario fu Napoleone alla Francia dopo il sanguinoso periodo del tribunato francese, dietro la proclamazione dei novelli principî e la solenne abolizione della monarchia sovra il palco dei malfattori; se la geniale figura del moderno conquistatore strettamente collegasi alla vita della nazione francese naufragante già in un caos senza pari; molto più necessario rendevasi Cesare a Roma, che agli elementi dell'interno disordine quelli ancora congiungeva di una vita passata di stagione, inconciliabile colla vita dei diversi popoli assoggettati alla romana signoria. La repubblica era destinata a cadere dalla forza degli eventi; essa era romana non mondiale, e troppo piccola era una città per infrenare l' istinto di libertà e d' indipendenza nei popoli soggetti, per opporsi ai loro urti; Cesare prolungò l'esistenza di Roma dominatrice, la sua politica la campò dal naufragio.

Suolsi comunemente ascrivere ad Augusto la fondazione della novella monarchia; questi però non fu che continuatore del concetto di Cesare, attuando tutto il sistema politico che al grande dittatore il pugnale del tradimento non permise di condurre per intiero ad effetto. Cesare si addossò la dittatura dapprima provvisoriamente dopo il ritorno della Spagna (705), dopo la battaglia di Farsaglia (706) a tempo indeterminato, quale magistratura annale dopo la battaglia di Tapsio (709), e finalmente a vita (710). S'investì del consolato nel modo ordinario prima (706), più tardi a cinque finalmento a dieci anni, senza collega una volta. Non usurpò il tribunato, ma una potestà uguale alla tribunicia e a vita (708). Vestito già dell'autorità di supremo pontefice, si fece scriver membro nei dne collegi degli Auguri. Per una serie di leggi e di ordinanze del Senato si lasciò concedere il diritto di decidere sulla pace e sulla guerra, di disporre delle pubbliche casse e dell' esercito, di nominare i governatori delle provincie, di [illegible]

comizi, di accordare il titolo di nobile, ed altro immenso numero di facoltà, e ciò senza bisogno di speciale autorizzazione del popolo.

A tutto questo si aggiunsero le decorazioni e i titoli, il segno esteriore della monarchia rappresentata dalla testa dell' imperatore impressa sulle monete, il nome dell'imperatore nella formula del giuramento congiunto a quello di Giove e dei Penati, la nuova corte, una specie di consiglio di Stato.

Non è a recarsi in dubbio che col riunire tutti questi poteri e titoli, Cesare abbia mirato alla ristaurazione della monarchia. Che questa monarchia l'abbia egli concepita non quale straordinario potere a tempo indeterminato o a vita; sibbene qual' organo permanente da passare per eredità da un successore all'altro, lo dimostra il nome ch'egli assume nella novella costituzione, il nome d' *imperator*, esprimente, più che un semplice potere ed onor militare, l'insieme di tutti i poteri dello Stato militari e civili; nome nuovo ch' egli introdusse per la nuova costituzione e pei suoi nuovi disegni, a vece degli altri di tribuno, console, dittatore che contengono vecchi concetti, e necessaria limitazione di tempo nell' esercizio della potestà regia. Oltrechè il principio di collegialità per tutte le romane magistrature, e l'odio per le altre straordinarie create per tempi straordinari, non avrebbero consentito di esprimere il nuovo concetto con vecchie forme o lo avrebbero per lo meno pregiudicato.

La restaurazione della monarchia dovea necessariamente portare alla costituzione dell'antico tribunale dei Re. Cesare la fa da giudice nelle cause civili e criminali, ed egli siede in tribunale nel pubblico mercato della città e privatamente nella sua corte senza esser tenuto a concedere il diritto di provocazione al delinquente e il diritto dei giudici privati alle parti litiganti. Non sempre egli esercita questa giurisdizione, lascia piuttosto sussistere le antiche forme, lascia al Pretore la direzione della giustizia e la nomina dei giudici cittadini; però paralizza la potesta pretoria, rende irrisoria la decisione del giudice, per altra via perviene a richiamare a se la lite in virtù del diritto di appello, pel quale non solamente annulla la sentenza colla potestà simile alla tribunicia, ma la riforma, la modifica, lasciando innanzi a se riprendere la questione per il supremo potere giudiziario che [illegible] a lui solo. E vero, queste manifestazioni sotto Augusto

diventano più spiccate, pigliano, a così dire, una forma legale, ond'è che si attribuiscono a quell' imperatore, ma non è men vero ch' esse devono a Cesare la loro origine e che sono a lui da riferirsi.

Dopo che avea Cesare fondata la monarchia, ad Augusto non restava che di raffermarla; e la politica, la prudenza, l' astuzia, la longanimità di questo principe, il suo lunghissimo regno valsero a ciò. Egli, non diversamente di Cesare, lasciò sussistere il nome delle antiche magistrature, volle per via legale confermati e periodicamente confermati i diversi poteri, volle esser primo fra i cittadini dello Stato, e realista per eccellenza meglio che le vanitose formalità amò sempre la sostanza delle cose. Augusto non fu un genio; e fortuna per lui! non avrebbe forse continuata e raffermata l' opera d' un altro genio. Egli adunque ottenne i poteri consolari a Roma, i proconsolari nelle provincie che divise coi suoi figli adottivi, il titolo d' imperatore, la potestà censoria, tribunicia, la dignità di membro nel collegio degli Auguri, la forza di legge ai suoi editti. Nulla quindi si cangia del concetto di Cesare, tutto piglia aspetto di solidità e di consistenza. Infino a Diocleziano non è d'altro questione fuori che di nomi, di lasciare o no sussistere i nomi dell'antica repubblica nei suoi magistrati, i nomi dei diritti del popolo, i nomi delle illusorie assemblee popolari, il nome del senato; ma in realtà tutto rimane immutato, tranne la sparizione e il cangiamento di qualche nome. A Diocleziano si trasmettono i poteri e la custodia della costituzione quali furono concepiti ed esercitati da Cesare.

Sotto Diocleziano nella costituzione entrano delle nuove riforme, e nel modo stesso che Augusto fa il raffermatore del concetto politico di Cesare, Costantino fu il fedele esecutore del concetto politico di Diocleziano. Da quest' ultimo imperatore fu il regno diviso in due parti (286); pur nondimeno l' unità non si ruppe, poichè i due novelli regni riguardaronsi siccome parti di un tutto, e la direzione suprema si riserbò al primo Augusto. Roma fu il centro, e arricchita come tale di superbi edifizi, a terra provinciale ridotta la povera Italia. Elevata Bizanzio a seconda capitale dell' impero, a Roma novella per opera di Costantino, dovea l' impero dividersi in due parti reali, e i tre figli di Costantino si spartiscono, quale ricca eredità, il vasto patrimonio costato sangue e sudori alla virtù romana (337). Costanzo giunge per dieci

anni ad afferrar solo la signoria (350), per un tempo più breve Giuliano (360); Valentiniano è costretto a dividersi di bel nuovo l'impero con suo fratello Valente (364), mentre suo figlio Graziano cercavasi un aiuto nel bravo generale Teodosio I, (379). E questi divenuto capo di tutto l'impero (392) se lo divideva a vita coi suoi figli. Tutte queste vicende non cangiarono sostanzialmente il concetto di Diocleziano, unità d'impero con amministrazione divisa.

L'amministrazione si modificò da Costantino sulla base di governo civile e militare con apposite magistrature per l'uno e per l'altro. Vano tentativo sarebbe di volere in ciò rintracciare un elemento romano; come asiatico era il dispotismo che si era sostituito, o meglio amalgamato coll'antico dispotismo romano, asiatiche erano anche le forme e le istituzioni che vestivansi coi nomi romani repubblicani e imperiali, oltre a quell'immensa serie di nomi e di titoli appartenenti alla burocrazia dell'impero orientale.

Da Diocleziano la più importante riforma arrecata nell'amministrazione della giustizia fu l'abolizione dei giudici privati, e quindi l'abolizione del doppio procedimento in *ius* e in *iudicium*, togliendo così al cittadino quella fiducia e quelle garentigie che nascono dal sapersi giudicato da un giudice cittadino suo pari.

Di veruno interesse è per noi di tener dietro alle vicende dell'impero orientale dopo che quello d'occidente cadde preda alle orde barbariche. Il diritto e le costituzioni usciti da Costantinopoli son tutti improntati a un tipo comune orientale, che nulla ha di simile coll'originalità e collo stupendo organismo romano; nè splende nei giureconsulti quella scintilla di genio che creò la giurisprudenza romana.

Tracciate queste corte linee sulla romana monarchia, uopo è lo spenderne qualche parola intorno alla magistratura.

A. Imperatori

Le vecchie magistrature repubblicane si mantennero sotto la monarchia in quanto poterono rispondere e adattarsi al nuovo sistema; il che significa, che furono nel loro scopo sostanzialmente cangiate conservando un'interesse secondario legato al-

l' onore del titolo più che alla realtà della cosa. Il primo e vero magistrato fu l' imperatore, capo della novella gerarchia da lui costituita, e in virtù della quale sparita era quell'indipendenza di ciascun magistrato nella cerchia delle proprie attribuzioni, e invece era entrato il subordinamento dell' un potere all' altro. I mezzi efficacissimi coi quali gl' imperatori si rendevano ministri della giustizia, furono i decreti e i rescritti, emanati gli uni con una reale cognizione della lite e perciò con tutti i caratteri di un giudizio; gli altri venuti fuori in forma di decisioni intorno a particolari quesiti proposti o da un magistrato inferiore o dai contendenti a tenore dei quali era da compartirsi giustizia. A somiglianza degli antichi magistrati circondavansi gl' imperatori d'un consiglio scelto tra coloro che nell'anno tenevano lo cariche dello Stato; vi accolsero poscia i parenti, gli amici, i partigiani e da ultimo i giureconsulti. Da qui l'origine del *sacrum auditorium* o *consistorium* convertito in seguito in vero consiglio di Stato.

B. *Praefecti praetorio — Praefecti urbi.*

Da semplici capitani di guardia creati a somiglianza dei *tribuni celerum* presso i Re e dei *magistri equitum* presso i dittatori (1), i Prefetti del pretorio vennero a tanta autorità da essere le prime rappresentanze dell' Impero e da pigliar parte attivissima nolla amministrazione dello Stato e della giustizia, per guisa che furono da Costantino messi a capo di quest'ultimo ramo, allor quando indusse la distinzione tra poteri amministrativi e giudiziari. Scelti prima dall' ordine dei cavalieri, dopo Alessandro Severo i Profetti del pretorio uscirono dal grembo del Senato. A partire da questo Imperatore più stabilità acquistarono i loro poteri, maggiore latitudine la loro giurisdizione, e se innanzi lecito era l'appello dalle loro sentenze, si tennero in seguito per irrevocabili, come se fosse stato il principe stesso che le avesse profferite. Costantino per indebolirne il potere e per provvedere insieme alle nuove esigenze dell'impero, fondò quattro prefetture, l'una che seguiva la corte imperiale e ch' ebbe sottoposta alla sua giurisdizione la Tracia, l'Egitto e tutto l' oriente; alla seconda colla residenza in Sirmio e poscia in Tessalonica appartennero l' Illiria, la Macedonia, la

(1) L. 1, D. offic. praef. Praet. 1, 10.

Grecia; toccò alla terza l'Italia o l'Africa, sede Milano; la quarta residente in Treveri estese la sua giurisdizione sulla Gallia, sulla Spagna e sulla Britannia. Colla conquista dell'Italia fatta dai barbari le due prefetture dell'occidente vennero meno. Dopo la disfatta dei vandali ne istitui due Giustiniano, l'una in Africa colla sede in Cartagine, l'altra in Italia.

S' ingannerebbe chi nei Prefetti della città volesse ritrovare quelli stessi nominati dai Re, quando lasciavano Roma a cagione della guerra, e che nella repubblica ponevansi per lo stesso motivo dei consoli. Rappresentavano questi tutta la potestà regia e consolare con una giurisdizione piena e illimitata; i Prefetti della città per l'opposto, creazione tutta dell' Impero, disimpegnavano delle funzioni permanenti, e quantunque estesissima fosse stata la loro giurisdizione, pure era limitata e subordinata a quella del capo supremo dello Stato, coesisteva con lui nella sede stessa dell' Impero. Questa dignità per la sua importanza venne spesso ricercata dai prossimi parenti dell' Imperatore.

I prefetti della città provvisti dei più larghi poteri e proposti alla sorveglianza e al mantenimento dell' ordine pubblico, esercitavan giurisdizione su quanto cagionar potea un malcontento generale, quindi sopra gli argentari, i banchieri, i macellai, le riunioni illecite; conoscevano delle querele dei servi contro i loro padroni, dei padroni contro i liberti e viceversa, delle cause contro i tutori e i curatori, degli appelli dagli altri magistrati della città, rendevano gli editti, organizzavano il giudizio, concedevano il giudice; nelle loro mani era tutto il ramo criminale e di polizia per un raggio di mille miglia attorno la città; per l' esecuzione delle loro ordinanze avevano al comando le coorti e un corpo di milizie di seimila uomini (1).

Da Costantino un secondo prefetto della città fu messo a Costantinopoli: il suo posto era accanto al prefetto del pretorio, egli era l' organo del senato presso l' Imperatore, riferiva mensilmente al principe quanto erasi trattato dal senato e dal popolo, sorvegliava al mantenimento dell' ordine nell'elezione del nuovo pontefice (2).

(1) D. de offic. praet. urb. I, 11. L. 12, § 1 D. quis a quo appel. XLIX, 2. L. 17 C. de appel. et consul. VII, 62.

(2) Symmach. Epist. X, 37, 44, 71, 83. Cassiod. VI, 4.

Con una giurisdizione speciale e subordinata troviamo i prefetti dei vigili per sorvegliare contro i ladri notturni e portar riparo agl' incendi; i *praefectus annonae* per la polizia sui viveri; i *praefectus aerarii* per l' amministrazione del tesoro e col diritto di sorveglianza sugli affari fiscali. Tutte queste prefetture conoscevano dei delitti commessi nel circuito di loro competenza e stavano sottoposte al prefetto della città.

§ 4.

MAGISTRATURA IN ITALIA E NELLE PROVINCIE

Secondo il sistema politico dell'antica Roma col quale la città era lo Stato, tutte le altre città e tutti gli altri Stati erano da riguardarsi o come una parte di Roma che in loro si protraeva con maggiore o minor larghezza di diritti, o come città e Stati sovrani. Si distinguevano nel primo caso i municipî e le colonie, nel secondo le città confederate e le città nemiche. Quest'ultime per il principio di reciproca esclusività in Roma si riteneano come estranee ad ogni diritto e una volta assoggettate divenivano *civitates stipendiariae* colla perdita dell' indipendenza; le confederate in forza di trattati internazionali, la custodia e santità dei quali era commessa al collegio dei *fetiales*, entravano in relazione con Roma, si riconoscevano scambievolmente dei diritti affermando ciascuna la propria sovranità e la propria indipendenza.

Erano i municipî città di origine romana e straniera con libera amministrazione, con magistrati propri; ma incorporate a Roma, e i loro abitanti erano cittadini romani, senza diritto di suffraggio e cogli oneri militari e civili (1).

(1) Municipium — alio modo, cum id genus hominum definitur quorum civitas universa in civitatem romanam venit, ut Aricii, Cerites, Anagnani, Fest. V. *Municipium*. At Servilius aiebat initio fuisse, qui ea conditione cives romani fuissent, ut semper rempublicam separatim a populo romano habarent, videlicet Cumanos, Acerranos, Atellanos qui aeque cives romani erant et in legione merebant sed dignitates non capiebant. Fest. V. *Municeps*, sull' etimologia del vocabolo Varrone de L. L. V. 6. Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes recepti in civitate, ut munera nobiscum facerent; sed nunc abusive mu-

Il municipio inteso a questo modo è di origine recente e si riferisce a Roma progredita nelle forze e nelle armi. Un concepimento più antico del municipio è quello pel quale i cittadini di uno Stato che si trattengono e si domiciliano a Roma e viceversa un cittadino romano che si trattiene e si domicilia in una città straniera, godono di tutti i vantaggi del diritto privato civile, sono tenuti a tutti i pesi del paese, sono esclusi dal diritto di suffragio e dalla magistratura (1). Questo rapporto di uguale e scambievole godimento dei diritti con greco vocabolo appellasi isopolizia. Rimaneva libero ai municipi di ricevere o no tutto o parte del diritto privato romano: qualora l'ammettevano, il che era necessario all'acquisto della cittadinanza e del diritto di suffragio, si chiamavano *municipia fundana*.

Un mezzo efficacissimo alla conquista e al mantenimento dell'Italia conquistata furono le colonie. Da principio queste consistettero in guarnigioni romane, che si stanziavano nelle città conquistate per tenerne a freno gli abitanti dei quali si dividevano la terza parte delle terre. Le città quindi nelle quali le colonie s'impiantavano, risultavano di una doppia popolazione, l'originaria, cioè,

nicipes dicimus suae cuinsque civitatis cives. L. 1, § 1, D. ad municip. L. 1, secondo Gellio (XVI, 13) Festo (V. *Municips*) e la L. 18 de verb. signif. L. 16 la voce accenna alla capacità degli offici civili, all'incapacità della magistratura.

(1) Municipes ergo sunt romani legibus suis et suo iure utentes, muneris tantum cum populo participes a quo numere cappessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla alia legge adstricti, cum nunquam populus eorum fundus factus esset. Primos autem municipes sine suffragii iure Cerites factos esse accipimus, concessumque illis ut civitatis romanae honorem quidem caperent, sed negotiis tamen atque oneribus vacarent, pro sacris bello gallico receptis custoditisque: Gell. XVI, 13. Municipium id genus hominum dicitur qui cum Romam venissent neque cives romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una romanis civibus praeterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo, sicut fuerunt Fundani, Formiani, Cumani, Acerrani, Lanuvini, Tasculani, qui post aliquot annos cives romani effecti sunt — Cum id genus hominum definitur qui ad civitatem romanum ita venerunt ut municipes essent suae quisqne civitatis et coloniae ut Tiburtes, Praenastini, Urbinates, Nolani, Bononienses, Placentini, Nepesini, Sutrini, Lucensens. Fest. V. *Municipium*.

la quale perdeva ogni diritto ad eccezione di poche famiglie cui accordavasi la romana cittadinanza, e la nuova di cittadini romani presi prima dall'ordine dei patrizi poscia anche dalla plebe. Questi conservavano intatto il loro diritto di cittadinanza, il diritto del suffragio nei romani comizi centoriati e tributi, tutti i privilegi di che potea un romano andar superbo. Non è nostro compito di svolgere questo punto storico delle colonie romane, del loro numero, del loro trapiantamento fuori dell'Italia, delle vicende subite, della distinzione in *coloniae civium* e *coloniae latinae*, il che ci devierebbe dal nostro subbietto. Le colonie sul tipo di Roma aveano una magistratura, un senato, un'amministrazione.

Così nelle grandi comunità *(municipia, coloniae)*, come nelle piccole *(fora, conciliabula, castella, vici)* in quanto non erano intieramente incorporate a Roma, la giurisdizione stava nelle mani di un magistrato (*Praetor, Aedilis, Quatuorviri, Duoviri) iuri dicundo.* Le sue attribuzioni possono compararsi con quelle del console romano innanzi che fossero stati creati i pretori. Essi cumulavano in se la presidenza del senato, la direzione di ogni ramo amministrativo, il potere giudiziario. Secondo la *lex Rubria* o *Galliae Cisalpinae* (tra il 705 e il 713) i Duumviri potevano *ius dicere, iudicia dare;* potevano conoscere di certi affari senza limitazione di somma, dei prestiti in argento fino a 15,000 sesterzi, e per questi prestiti ordinare l'esecuzione della sentenza sulla persona del debitore *(duci iubere)* ovveramente sopra i suoi beni *(bona possideri et praescribi);* per qualsiasi altra sentenza bisognava che l'esecuzione fosse stata ordinata dal pretore di Roma. Inoltre era consentito ai Duumviri di *remittere operis novi nunciationem*, di ordinare la *cautio damni infecti*, e in caso di rifiuto disporre un *iudicium in factum.* Più tardi il magistrato municipale perdè ogni importanza, la sua giurisdizione fu ristretta a piccoli negozi dei quali giudicava in prima istanza col diritto dell'appello nelle parti avanti il pretore di Roma, o avanti il luogotenente imperiale, asseconda la distanza del luogo. Per la giurisdizione criminale appena gli fu concesso d'infliggere delle pene leggiere agli schiavi.

In qualche città invece dei *magistratus* si trovano i *praefecti iuri dicundo* e *aedilitiae potestatis*, che sono commissari di tribunale mandati dalla repubblica in un municipio vicino privo di magistrato, o per impedimento dei Duumviri (1). Inoltre stavano in

(1) Rudorff. Rechtsgesch. II, § 4. n. 30, 38.

una città due, tre, quattro *Quinquennales* e *censores* eligibili ogni cinque anni e perduranti in officio per un anno; per tutto il resto del tempo l'Imperatore concedeva alla città un *curator*. Non mancavano i *Duoviri* o *Quatuorviri* col titolo di *aediles* o *aedilitiae potestatis*.

La libera costituzione e amministrazione delle città italiane, sotto l'impero, per il sistema generale di assimilazione e di accentramento, poco a poco sparisce, l'Italia comincia a esser livellata alla provincia e l'Imperatore Adriano coll'istituire i quattro *consulares* ne fa le prime pruove. Come dietro la cacciata dei Re da Roma, tutte le città italiane o presto o tardi si costituirono con un organismo politico ed amministrativo simile a quello della repubblica, con magistratura annuale, col principio di collegialità, col diritto nel popolo di deliberar sulle leggi, nel senato di aver cura dell'amministrazione; così per la ristaurazione della monarchia i municipî e le città italiane perdettero l'indipendenza e la libertà, soggiacquero alla sorte stessa di Roma, la vita municipale si spense e questo spegnimento preparò la caduta dell'Impero. L'Imperatore Marco Antonino ai *Consulares iuri dicundo* sostituì per le cose di giustizia i *Iuridici* distribuiti con determinata giurisdizione territoriale, e finalmente l'Imperatore Aureliano creò a vece di costoro i *Correctores* sotto i quali venne l'Italia assimilata a tutte le altre provincie dell'Impero. In questi cangiamenti diversi di magistrature si eccettuò sempre un raggio intorno a Roma, per la giurisdizione del pretore e del *Praefectus urbis*, dondo la differenza tra l'*urbica diocesis* e le *regiones iuridicorum*. Tuttavia, nonostante queste vicende, n i municipî italiani si conservò sempre un avanzo di autonomia fin sotto agli Imperatori cristiani; ma in realtà al.e popolazioni municipali, non dissimili in ciò del popolo romano, mancò ogni influenza passata già nel senato, e i magistrati più che dall'assemblea dei cittadini si scelsero dall'ordine dei decurioni.

Diversa era la sorte delle provincie di quella di tutti gli Stati italiani. Tutte le terre straniere sottoposte colla forza alla signoria romana si disegnavano col nome generico di provincie, nome che accenna al principio di conquista e al reale costringimento della libertà e autonomia di un popolo *(prope vinctae)* sotto il ferreo giogo del più forte. Immediatamente dopo la conquista, dieci senatori insieme al comandante dell'esercito preparavano una legge

che servir dovea di norma, nell'ordinamento dell'amministrazione e della giustizia presso le popolazioni conquistate, all'autorità mandatavi dal popolo romano. Per l'ordinario era questa disimpegnata da uno già stato console o pretore, il quale al suo arrivo nella provincia emetteva un'editto che strettamente osservava durante il tempo del suo pubblico ufficio. A questo luogotenente della repubblica accompagnavansi dei *Quaestores* e dei *Legati* per assisterlo nei due rami amministrativo e giudiziario. In quest'ultimo le controversie tra cittadini romani erano giudicate secondo il diritto di Roma; tra gl'indigeni, secondo il diritto fissato dalla legge senatoria, dall'editto del luogotenente e dal diritto locale in quanto si lasciava sussistere nelle terre conquistate. L'amministrazione stava nelle mani del senato romano rappresentato da un magistrato provinciale. Era al senato che questi aveva a render conto della sua gestione, e innanzi al senato dovevano esser portate le querele contro costui.

Non era da per tutto eguale la sorte delle provincie e delle città provinciali, essa dipendeva dalla maggiore o minore estensione di liberalità verso loro usata dalla repubblica e dal senato. In quanto alle città si distinguevano in *liberae civitates*, *vectigales*, e *civitates iuris italici*. Godevano le prime d'una amministrazione indipendente dal governatore romano coll'obbligo di talune contribuzioni o senza; possedevano quindi una propria magistratura, leggi e consuetudini proprie. Le seconde costituivano le città provinciali propriamente dette, delle quali talune appellavansi *stipendiariae* e anche *censoriae* dall'appalto annuale che il Censore faceva dei frutti, dei tributi e anche delle terre provinciali. Le ultime chiamate, specialmente negli ultimi tempi, *coloniae iuris italici*, non accennavano solamente, per come a lungo si ritenne, a un grado medio tra peregrini e latini, non ad una qualità o a un privilegio personale; bensì ancora a un privilegio reale del suolo che, a preferenza del suolo provinciale, le città di diritto italico possedevano libero da ogni tributo e col diritto di proprietà quiritaria. Siffatte città avevano una costituzione libera come le altre italiane.

Sotto gl'Imperatori le provincie migliorarono di condizione, tanto per il principio che assimilava tutto l'Impero a Roma col concedersi da Antonino Caracalla a ogni provincia il diritto di cittadinanza, quanto per il concentramento dei poteri nelle mani di un

solo, che nessuno interesse aver potea a conservare la tirannica supremazia di una città sovra gran parte di mondo.

Augusto per il primo intese l'animo, secondo i suoi politici divisamenti, a infrenare l'ambizione e la prepotenza dei generali e dei governatori, a smembrar le più estese provincie in più parti, a stabilire una particolare amministrazione in ciascuna con conformità di ordinamento per quanto possibile, con rigorosa subordinazione dei governatori e dei magistrati subalterni al potere supremo residente a Roma. La divisione delle provincie in *provinciae populi vel senatus* e in *provinciae Caesaris*, computate a quelle le più tranquille e pacifiche, a queste le più ricalcitranti alla soggezione e le più strategiche col comando militare di ambedue nelle mani dell'Imperatore; questa divisione fu il principio di benessere per le provincie, perchè in certo modo spezzavasi la ferrea dipendenza da Roma.

Pria di questo politico cangiamento arrecato da Augusto, l'amministrazione della giustizia nelle provincie era diverso, secondo che le città godevano del diritto italico e vivevan libere, o si tenevano in conto di tributarie. Nelle prime rendevasi giustizia dal magistrato municipale salvo appello al governatore imperiale, nelle seconde le cause portavansi direttamente innanzi al luogotenente; nelle une la presidenza al senato toccava ai *Duoviri*, nelle altre al primo Decurione iscritto nell'Album e che pigliava nome di *Principalis*. I governatori delle provincie, *proconsules*, *propraetores*, *praesides*, riunivano in se i diversi poteri a Roma divisi fra i diversi magistrati, possedevano la giurisdizione criminale, civile, contenziosa, volontaria, avevano il *ius gladii*. Ai luogotenenti imperiale la giurisdizione si delegava dai governatori delle provincie; tuttavia le regole della giurisdizione delegata non erano ad essi applicabili, perchè si ritenevano come magistrati. Gli appelli si portavano dal loro tribunale a quello del proconsole o del propretore.

La divisione delle provincie fatta per Augusto portò due ordini di magistrati: i *proconsules*, cioè, che governavano le provincie del senato, e i *Legati Caesaris*, *praesides*, *praefecti*, *correctores*, *propraetores* i qnali rappresentavano l'Imperatore, solo che possedesse il potere proconsolare. Oltre alla civile giurisdizione di che, a somiglianza dei proconsoli senatoriali, erano investiti, i delegati dell'Imperatore esercitavano altresì il potere militare e così quan-

tunque inferiori erano per dignità ai proconsoli, li avanzavano nella pienezza dell'autorità. I luogotenenti imperiali rimanevano al potere a discrezione dell'Imperatore.

Man mano che gl'Imperatori estendevano il loro dominio sulle Provincie rilasciata al Senato, la distinzione delle due autorità divenne sempre più nominale, finchè tutte si ridussero a essere salariate dal principe.

I Governatori sulle provincie spiegarono un potere assoluto, non dipendevano che dall'imperatore e nelle loro mani si concentravano le diverse branche a Roma amministrate dal Prefetto della città e del pretorio, dai consoli, dai pretori; in forza dell' *imperium* e della *iurisdictio* potevano condannare a morte, ai metalli, alla deportazione, potevano in prima istanza conoscere di tutti gli affari civili e criminali, in appello delle decisioni rese dai magistrati municipali e dai luogotenenti. La loro autorità estendevasi ben anche sopra gli stranieri che si trovavano nelle provincie, in quanto si rendevano colpevoli di violenze e turbavano l'ordine pubblico.

Lungo sarebbe il voler trattare i diversi cangiamenti, le molteplici modificazioni arrecate dagl'Imperatori nell'arbitraria divisione delle provincie e l'introduzione dei nuovi titoli e delle nuove magistrature. Basta per il nostro subbietto sapere che da Alessandro Severo furono le provincie divise in parti più piccole che pria non erano e che Diocleziano compì il sistema di divisione. Sotto Costantino già l'impero era scompartito in grandi Diocesi che suddividevansi in Provincie, e queste in distretti o territoriali circoscrizioni di città. Più Diocesi erano presiedute da un *praefectus*, ogni Diocesi stava al comando immediato di un *Vicarius*, ogni provincia di un *praetor*, ogni città avea il suo magistrato; nei piccoli distretti *pagi-vici*, il magistrato era mandato dalla città. A questa generale distribuzione facevansi per qualche Diocesi, tanto nella dignità che nei poteri del magistrato, delle eccezioni, delle quali ci passiamo in silenzio.

Giustiniano conservò questo sistema, salvo qualche cangiamento nell'Impero orientale, riunendo specialmente in talune provincie il potere militare e civile nelle mani di un solo magistrato. Riconquistato l'Impero di occidente Giustiniano diede alla Sardegna e all'Africa il prefetto pretorio, il quale soprastava a sette governatori e tra questi un proconsole, col comando militare a sei *Duces* dipendenti dal *magister militum* di occidente. La Sicilia ottenne

un governatore col nome di *Praetor* sottoposto al *Praetor sacri palatii*, e dell'antica Italia se ne fece una prefettura col comando militare distribuito a più *Duces*.

CAPO VI.

Giudici.

A ben comprendere la distinzione che nel procedimento giudiziario e civile fin da tempi antichissimi fu in uso a Roma tra magistrati e giudici, uopo è divisarne in generale la natura. Uno è il principio che domina in tutta la romana procedura e che sta saldo fin ai primi secoli dell' Impero, la distinzione, cioè, degli atti giudiziari iu due categorie distinte; gli uni che compionsi innanzi al magistrato il quale introduce e ordina il procedimento, gli altri che compionsi innanzi a un privato cittadino giudice o a un collegio permanente, il quale mette termine al procedimento col pronunziato solenne della sentenza. Quindi due diversi periodi: nel primo si risolve la quistione di diritto nell'ipotesi dell'esistenza del fatto che gli dà origine, e piglia perciò nome di procedimento *in iure*; nel secondo si disaminano e si dibattono le circostanze di fatto per le quali esser dee confermato o negato il diritto ipotetico e perciò instituito un giudizio di cui il risultato finale è la seutenza condannatoria o assolutoria, onde piglia nome di procedimento *in iudicio*. Un terzo periodo sarebbe determinato dal processo *esecutivo* in cui il diritto non più ipotetico ma certo ed assoluto ritorna al magistrato, che solo in virtù dell'*imperium* può costringerne la soddisfazione.

Il magistrato adìto da' litiganti senza punto ourarsi delle circostanze di fatto, fissa le basi del diritto. Qualora sopra queste basi le parti si acquetano, senz'altro il diritto diviene eseoutivo, e altra decisione non si addomanda, per modo che *in iure confessus pro iudicato habetur*. Che se le loro pretensioni non restano soddisfatte, il magistrato le rinvia al giudice da loro scelto (1); e se trattasi di una causa di esclusiva competenza di

(1) Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed pecuniaria quidem de re minima esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset. Cic. pro Cluent. 41.

un collegio permanente le rimette a questo, con una istruzione scritta per la quale nomina il giudice, propone il diritto, accenna talora il fatto, ordina di assolvere o di condannare: l'insieme di questo concepimento chiamasi *formula*.

Sicchè il magistrato in Roma eminentemente si distingue dal giudice per il sociale carattere della *iurisdictio* che gli conferisce un potere pubblico e originario; laddove il giudice ha un potere delegato, che propriamente appartiene al magistrato, ma che non può se non per mezzo di lui esercitarlo. Sicchè rimane egli sempre come persona privata e nulla gli conferisce la nomina di giudice per una determinata controversia, come nulla oggidì conferisce nelle assisie al privato cittadino la carica di giurato.

Originariamente, prima che fosse stato imposto al magistrato di affidare ad un privato cittadino la disamina delle controversie, in modo indifferente per lui adoperavansi i nomi di *magistratus* e di *iudex;* così fu ancora nell'ultimo periodo quando in disuso cadde la distinzione di *ius* e di *iudicium;* finchè questa distinzione fu stabile e ferma il nome *iudex* (1) esclusivamente riserbossi pel cittadino giudicante.

Come e quando abbia avuta origine la costumanza e la legge di scegliere un privato cittadino per le decisioni delle controversie civili dalla storia non è definito. Da molti scrittori, sull'autorità di Dionigi, che pure è in contraddizione con se stesso (2), si ascrive a Servio Tullo questo sorprendente istituto; ma diversamente Cicerone, senza limitazione di tempo, ci lascia sapere che in tutto il primo periodo della monarchia le controversie si definivano dai re (3), e i suoi commissari altro non rappresentavano che un lato della dignità regia. E se ai consoli si trasmise la pienezza della potestà regia, e se nei primi tempi della repubblica furono essi appellati *iudices*, è più verosimile che l'istituto dei giudici privati sia stato dell'intutto repubblicano anzicchè monarchico, siano qualsivogliano le tendenze repubblicane e democratiche attribuite al re Tullo.

(1) Iudex quod iudicat accepta potestate, id est, quibusdam verbis dicendo finit. Varr. de L. L. VI, 61.

(2) II, 14, IV, 25.

(3) Nec vero quisquam privatus erat disceptator aut arbiter, sed omnia conficiebantur iudiciis regiis. De Rep. V, 2.

L'occasione a questo istituto, se da una parte dovette prestarla la molteplicità degli uffici cumulati nel magistrato e il sempre crescente numero delle controversie alle quali un sol uomo non avrebbe potuto esser bastevole per esaminarle e dirimerle; dall'altra parte il suo intimo fondamento consister dee nell' organismo della nuova costituzione repubblicana, per la quale al cittadino essendo stata garentita la piena libertà e uguaglianza di diritti, le controversie che avessero potuto insorgere tra cittadino e cittadino era pur d'uopo che fossero state giudicate da un giudice cittadino. E che ciò fosse stato una conseguenza dell'organismo repubblicano ben lo si può argomentare per analogia al moderno istituto dei giurati in materia penale, e ch'è la garentia prima che s'introduce negli Stati governati a libertà in favore del cittadino delinquente.

I giudici chiamati a istituire le loro indagini sopra una lite per assolvere o condannar sono o nazionali, *iudices* propriamente detti, o internazionali, *Recuperatores*. I primi si appellano *Arbitri* quando sono chiamati per i giudizî di liquidazione o per fissare dei rapporti da per se stessi incerti e indefiniti, e spesso sono concessi in numero singolare: *iudicem arbitrumve postulo ut des — iudex esto*, a differenza dei secondi che si accordano nel numero del più: *recuperatores sunto*. Oltre a questi giudici nominati per le singole controversie, havvi due collegi di *Decemviri* e *Centumviri* investiti di una certa pubblica autorità. Nelle cause portate innanzi a questi la decisione del diritto in certo modo si differisce da quella pronunziata dai semplici giudici privati; dapoichè per questi il magistrato si limita alla sola nomina, nel collegio presiede egli stesso.

Se l'obbietto proposto ai giudici s'è la disamina e discussione dei fatti dai quali il diritto dimana, non bisogna ciò intendere nel più stretto rigore della parola. Dovendosi scoprire dei rapporti di diritto dipendenti dai fatti, spesso è necessario di risolvere delle concrete questioni di diritto che intimamente si connettono coll'*intentio* della formula: e di queste è chiamato a conoscere anche il giudice (1).

(1) Iudicia privata magnarum rerum — in quibus saepe non de facti sed de aequitate ac iure certatur. Cic. de orat. I, 38. De iure quaeritur et apud centumviros. Quinct. IV, 2, 5.

§ 1.

UNUS IUDEX — ARBITER — RECUPERATORES

Lo stesso giudicante, secondo la diversità della causa, esser potea ora *iudex* e ora *arbiter*. Questo facile scambio di parti fece sì, che dai romani, negli ultimi tempi specialmente, non si sapesse più distinguere tra l'uno l'altro (1).

Per determinarne la differenza mestieri è risalire all'idea del rapporto sul quale, dalla disamina dei fatti, il giudice era chiamato a pronunziare. Or due ipotesi erano sul riguardo possibili: o il rapporto avea un fondamento sicuro nella legge, nel diritto, nel fatto stesso per modo che il giudice altro far non dovea che pronunziare sull' esistenza o inesistenza di esso, sulla giustizia o ingiustizia del sacramento, sulla *sponsio* ec. o veramente il rapporto era talmente oscuro, incerto, confuso da non poterlo secondo la legge definire senza cadere in una manifesta ingiustizia. Nel primo caso la verità bisognava direttamente cercarlo nella natura della legge; nel secondo, conveniva ricorrere alla buona fede, con questa precisare e formulare il rapporto conformemente agli usi giornalieri e consueti del commercio; nell'un caso concedevasi il *iudex* nell'altro l'*arbiter*. L'arbitro quindi secondo la qualità dei rapporti esser dovea un uomo perito in quel caso speciale in cui dal magistrato era chiamato ad occuparsi, era nominato con formula o senza, ed avea piena facoltà di comporre la controversia rimessagli, secondo l' esperienza, gli usi, l' equità (2).

Il giudice si trova sempre solo, assistito però di un consiglio il cui parere non è tenuto a seguire (3). Gli arbitri, sono qualche volta, giusta la legge delle XII Tavole, scelti fino al numero di

(1) Cic. pro Murenà. 12.

(2) Arbiter dicitur iudex quod totius rei habeat arbitrium et facultatem. Fest. V. *Arbiter*.

(3) Cur inquit (Apollinares) hoc me potius rogas quam ex istis aliquem peritis studiosisque iuris quos adhiberi in consilium iudicaturi soletis: Gell. XII, 13, vedi XIV, 2.

tre (1); ciò nei primi tempi, più tardi l'arbitro è solo anch'esso.

Tutte le quistioni adunque che addomandavano delle cognizioni tecniche e che non potevano col rigore della legge, ma solo conformemente all'equità esser decifrate erano commesse a un *arbiter*, *bonus vir;* quindi ne vennero agli *arbitria de aqua pluvia arcenda* (2), *finium regundorum* (3), *familiae herciscundae* (4) *communi dividundo* (5), *l'arbitrium litis aestimandae* (6), *litis vindiciarum* (7), gli arbitri per gli apprezzi degli alimenti (8), per la valutazione della quarta falcidia (9), per le questioni sull'altezza e riparo degli edifizi (10), per la solvenza di un fideiussore (11). Cicerone all'*actio de certa credita pecunia* contrappone *l'arbitrium pro socio*, e schiera con questo gli *arbitria pro tutelis*, *fiduciis*, *mandatis*, *rebus emptis venditis*, *conductis locatis*, *negotiis getis*, *rei uxoriae* tutti indicati colle espressioni di *arbitria ex bona fide*, *sine lege iudicia*, *arbitria honoraria* (12).

Non deesi coll'*arbiter* confondere il *disceptator domesticus*, *l'honorarius arbiter* (13) al giudizio del quale, senza rinvio del magistrato, ricorrevano le parti. Egli decideva *intra parietes* e la sua decisione non dava nè *l'actio* nè l'*exceptio rei iudicatae* (14). Nè

(1) Si vindiciam falsam tulit si velit is (sive litis, stilitis ?) praetor (?) arbitros tres dato eorumque arbitrio.... fructus duplione damnum decidito. Fest. V. *Vindiciae*. Nec Manilia lege singulis sed e XII tres arbitri finis regemus. Cic. de leg. I, 21.

(2) Cic. Top. IX fin. L. 22 § 1 D. de aqua pluv. XXXIX, 3. L. 21 pr. D. de stat. lib. XL. 7.

(3) Cic. de leg. cit. Top. X 53.

(4) Cic. pro Caec. VII, 19. L. 1 pr. LL. 43, 47 pr. L. 51 pr. D. fam. herc. X. 2.

(5) Isid. V. 25. Paul. sent. I. 18. §. 1. L. 26, D. comm. divid. X, 3. L. 3 C. comm. utr. III, 38.

(6) Vall. Prob. A. L. E. (arbitrium litis exstimandue).

(7) Fest. V. *Vindiciae* cit. L. 9. § 6 D. ad exhib. X. 4.

(8) L. 5 § 25 D. de agnat. XXV, 3.

(9) L. 12, D. ad leg. Falcid. XXV, 2.

(10) L. 11 § 1 D. de servit. praed. urb. VIII, 2.

(11) LL. 9, 10. D. qui satisd. II. 8. L. 7, § 1. D. de min. IV. 4.

(12) Offic. III. 17, ad Fam. VII. 12.

(13) Cic. pro Caec. 2, Tuscul. V, 41.

(14) L. 2, D. de recept. IV, 8. L. 1. C. eod. tit. II, 56.

perciò erano le parti tenute ad eseguirne la decisione : tutto il valore di questa consisteva nella clausola penale stipulata dai contendenti e che perdevasi da colui il quale si rifiutava a seguire il pronunziato (1).

Un istituto internazionale si era quello dei *Recuperatores*. Appena i romani cominciarono a entrare in commercio coi popoli limitrofi e stranieri, nei trattati di diritto pubblico che con loro stipulavano concernenti le alleanze e le relazioni tra nazione e nazione inserivano ancora un articolo sull'amministrazione della giustizia tra i cittadini dei due Stati (2), specialmente per gli stranieri che non potevano in Roma presentarsi al tribunale. I particolari su questo istituto mancano, certo è però che presso gli stranieri ebbe esso la sua origine e il suo primo sviluppo, che più tardi fu adibito non solo per la giustizia tra romani e peregrini, sibbene ancora *inter cives*, e che nei classici tempi della repubblica e dell'impero oltre dell'essere in concorrenza per talune cause cogli altri giudici, altre ne avevano di loro esclusiva competenza.

Dovendosi conciliare il diritto dei due popoli, l'unità del giudice nella *reciperatio* era esclusa; sicchè i *recuperatores* si nominavano sempre in plurale nel numero di tre, di cinque, di undici, presi tra i *cives* e i *socii*, sulla scelta dei litiganti, sempre con uno aggiunto dal magistrato. Quando però la *reciperatio* si ammise per le liti tra cittadini non faceva d'uopo che i giudici si scegliessero anche tra gli stranieri. Per quelle cause che comuni erano ai *recuperatores* e al *iudex* era lasciato alle parti di domandare indifferentemente o gli uni o l'altro, secondo che avessero avuto interesse che la lite corresse subito o lentamente al suo termine.

Semplicità e speditezza nel procedimento erano le condizioni essenziali di questo istituto (3), dapoichè si tralasciavano tutte le forme

(1) L. 11, § 2, 3. L. 13. D. ibid.

(2) Reciperatio est, ut ait, Gallus Aelius , cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per recipatores reddantur res reciperanturque, resque privatas inter se persequantur. Fest. V. *Reciperatio*. Prebiscitum de Termessibus IV.

(3) Et reciperatores dare ut quamprimum res iudicaretur. Cic. pro Tul. 10. Judicem dat statim — iudicant recuperatores. Cic. Divin. 17 — De Invent. II. Plin. Epist. III, 20 Gai IV, 46, 105, 109, 185.

e termini della procedura comune, e perchè non di rado accadeva che veniva una delle parti da paese lontano per disbrigare la lite, esser dovea di massimo interesse una pronta soluzione, così il *foedus latinum* prescriveva il termine di dieci giorni (1). A raggiungere questo scopo, oltrechè si eliminavano gran parte delle formalità processuali, limitavasi il numero dei testimoni (2) e i giudici eran presi *extra ordinem* (3) tra quelle persone che prima accorrevano innanzi al magistrato senza bisogno di una lista speciale (4).

Erano della competenza dei *Recuperatores* l'*actio de vi bonorum raptorum* (5), l'*interdictum de vi hominibus coactis armatisve* (6), l'*actio iniuriarum* (7), la querela del patrono contro il liberto per la non autorizzata *in ius vocatio* (8), l'azione per il vadimonio negato o non eseguito (9), la querela *de pecuniis repetundis* in quanto si riferiva agl' interessi civili (10), la querela per la trasgressione della legge Furia sul valore di un legato (11), un'azione popolare per violazione di confini (12). A cagione della speditezza processuale la competenza dei *Recuperatores* si allargò sovra alcune quistioni da principio estranee alla loro sfera, p. e. sulle quistioni *de statu* (13), specialmente nelle Provincie dove al magistrato era più libero il campo che a Roma (14). Una competenza generale era quella che riferivasi alle liti dei peregrini di diversi stati fra loro e di un romano con un peregrino.

Era massima generale che il giudice in Roma scelto esser do-

(1) Dion. VI, 95.

(2) A dieci. Val. Prob. pag. 12, (Mommsen) Lex Manilia V. Cic. pro Caec 10.

(3) Senec, Epist. 106.

(4) Plin. Epist. III, 20.

(5) Cic. pro Tull. 10.

(6) Cic. pro Tull. 41, 42, pro Caec. 4, 9, 11.

(7) Cic. de Invent. II, 20. Gell. XX; 1, Cic. Reth. II, 20.

(8) Gai IV, 46.

(9) Gai IV, 185. Lex. Gall. Cisalp. XXI.

(10) Liv. XLIII, 2. Tac. I, 74.

(11) Gai. IV, 109.

(12) Lex Manilia V.

(13) Svet. Domit. 8, Vespas. 3. Plaut. Rudens V, 1 v. 3 e seg.

(14) Cic. Verr. III: 11, 14, 21, pro Flac. 20.

vea dal consenso delle parti, *conventio*. Allorquando si presentavano al magistrato e di comune accordo proponevano il cittadino giudice della controversia (1), il magistrato lo dovea concedere alle parti quando non incontrava un motivo d'incapacità. La scelta del giudice trovava luogo sulla proposta dell'attore (*iudicem ferre adversario*) su questa proposta il convenuto faceva le sue dichiarazioni coll'ammetterla o rigettarla. Ma siccome la libertà della scelta nell'attore era limitata tanto nei motivi d'incapacità, quanto nel numero delle persone sulle quali era lecito far cadere la scelta, così sarebbe stato ingiusto che il rifiuto dell'avversario fosse stato intieramente arbitrario; quindi egli era tenuto a constatare con giuramento che il giudice non avrebbe usata imparzialità e che non potea attendersi giustizia da lui (*eiero, iniquus est*) (2). Questo modo d'intendersi sulla persona del giudice dicevasi *sumere iudicem;* apparteneva al magistrato di autorizzarlo a conoscere la lite, *iudicem addicere*, colla semplice concezione della formula e senza bisogno della presenza dell'eletto (3).

Sotto gl'Imperatori questo diritto delle parti di nominare il giudice venne meno a poco a poco, finchè altro non rimase che il diritto di recusazione.

L'ufficio del giudice era un *munus pubblicum* e a nessun cittadino era lecito l'esimersene, qualora a tempo della compilazione dell'*Album* non avesse fatto valere le sue scuse, almeno nella revisione fattane dall'Imperatore (4). Per la *lex Iulia iudiciorum privatorum* fu scusabile il padre di un determinato numero di figli viventi, o morti in guerra (5): secondo un rescritto di Antonino Pio erano scusabili i filosofi, i retori, i grammatici, i medici (6). Sotto talune circostanze, il motivo di scusabilità era valido solo temporaneamente.

Tuttavia esistevano delle cause d'incapacità, per le quali taluni *natura, legibus, moribus* non potevano dal magistrato essere ap-

(1) Cic. pro Flac. 21, L. 47 pr. D. fam. herc. X, 2, L. 21, D. quod vi. XLIII, 24.

(2) Cic. de Orat. II, 70. Verr. III, 60.

(3) L. 39 pr. D. de iud. V. I.

(4) Svet. Octav. 32. Claud. 15.

(5) Frag. Vat. 194, 196, 197.

(6) Plin. Epist. X, 66.

provati, e su questi motivi Paolo si esprime nel modo che segue: « non omnes iudices dari possunt ab iis qui iudicis dandi ius habent, quidam enim legibus impediuntur, quidam natura, quidam moribus. Natura ut surdus mutus et perpetuo furiosus, et impubes quia iudicio carent. Lege impeditur qui senatu motus est, moribus foeminae et servi, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur (1). » Nulla prescrivono gli antichi riguardo agl'imperiti del diritto e solo nella legislazione giustinianea trovasi qualche provvedimento (2.) I rapporti di patria potestà tra una delle parti e il giudicante non sono per quest' ultimo motivi d'incapacità, perchè: « iudicare munus pubblicum est (3). » In mancanza di un motivo di scusabilità e di 'incapacità potea il magistrato costringere per via di multe il giudice eletto all' adempimento del suo ufficio (4).

Non tutti i cittadini erano indistintamente chiamati a disimpegnare l'ufficio di giudice, sibene certe determinate persone che il pretore annualmente registrava nell'*Album iudicum* e pubblicava per Editto nel foro. Nell' antica costituzione furono giudici solo i senatori tanto per i giudizi criminali che civili (5); sotto Augusto per la prima volta si redasse un' *Album iudicum selectorum* per i soli *iudicia privata*, nel quale vennero iscritti i cittadini presi dall'ordine dei senatori, dei cavalieri e dei semplici borghesi (6). Vi si aggiunse poco dopo una quarta classe detta dei *Ducenarii* colla metà del censo dei cavalieri, e per le cause di poco rilievo (7); Caligola creò una quinta *decuria* (8).

(1) L. 12, de iud. V, 1.
(2) Nov. 28 pr.
(3) LL. 77, 78, D. de iud. V, 1.
(4) Svet. Octav. 32, Claud. 15, Plin. Epist. I, 20, IV, 29.
(5) Dion. II, 9, Polyb. VI, 17. Plaut. Rudens III, 4, 7.
(6) Cic. Verr. II, 2. Plin. XXXIII, 7,
(7) Svet. Octav. 32. Plin. cit. Gell. XIV 2, Senec. de benef. III, 3.
(8) Svet. Calig. 16, Plin. cit.—Ecco compendiata in breve la storia delle vicende che subì l'elezione dei giudici. I senatori furono sempre giudici fino a C. Gracco, che con una *lex Sempronia*, trasferì il diritto ai cavalieri (631). Quinto Servilio Capione, *Crasso suasore*, con una legge del suo nome restituì ai senatori questo ufficio (647), finchè furono di bel nuovo chiamati i cavalieri da una *lex Servilia Glauca* (649). Questo rapporto stiè fermo fino alla *lex Livia*, la quale (662) *aequa parte*, sta-

Questo modo di elezione e l'essere le persone eligibili ristrette a quelle designate nell' *album* trovavasi comune tanto ai giudici che agli arbitri, almeno in tempo della repubblica; non così per i recuperatori, i quali in virtù del carattere di loro istituzione non potevano essere condizionati nè da un certo numero di persone, nè da talune classi, né da un' *album* o qualsiasi altra lista speciale (1).

§ 2.

DECEMVIRI — CENTUMVIRI

L'origine, la competenza, la caduta dei due tribunali permanenti decemvirale e centumvirale si perdono nell'oscurità della storia dei

bili per giudici, senatori e cavalieri. Poco tempo dopo (665) Marco Plauzio Silvano a questi due ordini unì i giudici plebei. Non tardò la riforma di Sulla che restituì nell'antico diritto i senatori, quale lo possedevano pria di Gracco (674). Per Aurelio Cotta (683) si fece proposta. confermata poi da Pompeo, di scegliere i giudici dal seno dei cavalieri, dei senatori e dei tribuni dell' erario, Cesare però rassodò i senatori e i cavalieri, mise da parte i tribuni, che Antonio compensò con una Decuria di Centurioni. Il numero originario dei giudici fu di 300; trovossi di 360 ai tempi di Pompeo e fu da Augusto accresciuto a 400. Il censo regolava la nomina dei giudici pei senatori di 8-1200 mila sesterzi pei cavalieri di 400 mila sesterzi; pei Decurioni 200 mila, solo la decuria di M. Antonio scelta tra i veterani e i Decurioni era proposta senza riguardo veruno al censo. L'età si fissò a 25 anni.

(1) Il Rudorff. (Röm. Rechtsgesch. II, 8. 9, n. 1) sostiene che il magistrato in Roma nella nomina dei *Recuperatores* presentava alle parti una decuria e un numero impari, e da questa dovevano rigettarne tanti quanti sarebbero stati bisognevoli per rimanere il numero di tre *(sortitio-reiectio)* ch'egli concedeva poi per giudici e designava nella formula. Questo è senza dubbio il modo di scegliere i giudici nei municipi; ma non si può del pari lo stesso asserire della nomina dei giudici a Roma. Il fatto della legge Toria è unico, eccezionale e non si riferisce a un *iudicium privatum*. Il testo dell' editto Vanafrino nulla pruova a favore del Rudorff potendosi benissimo intendere dei recuperatori municipali. E poi, se i recuperatori erano scelti tra i *cives* e i *socii*, se i peregrini in Roma esser potevano ricuperatori, non comprendiamo come poteva il magistrato redigere la sua lista e presentarla alle parti. Plinio chiaramente ci lascia intendere che questi giudici si sceglievano senza formalità nè di liste, nè di numero, scrivendo: « nam ut in recuperatoriis iudiciis, sic nos in his comitiis, *quasi repente apprehensi*, sinceri iudices fuimus. Epist. XXVI. 48. »

primi e degli ultimi tempi di Roma. Le opinioni più disparate e diverse, all'appoggio di semplici probabilità sono state emesse da rinomati scrittori; e specialmente sull'origine dei Centumviri la si è fatta rimontare da taluni a Servio Tullo, da tal'altri e all'ultima epoca della repubblica con una scala di gradi intermedi che lungo e noioso sarebbe il riferire (1). Quanto ai Decemviri la legge

(1) È propugnato da Niebuhr (Röm. Gesch. I, 472) che il collegio centumvirale fosse stata una creazione di Servio Tullo, e va tant'oltre da volervi rinvenire un'istituzione plebea; su quest'ultimo punto trova pochi seguaci, dapoichè la plebe ai tempi di Tullo era per nulla iniziata nei misteri del diritto, la collezione papiriana non ancora esisteva e fino ai tempi avanzati della repubblica sappiamo che la conoscenza del diritto era privilegio di pochi. Non così intorno al primo punto. In generale sieguono il Niebuhr, Zimmern (Geschichte des röm. privatvecht III, § 14) Walter (Gesch. des röm. Recht. II, § 694). Bethmann — Hollweg (der röm. Civil proc. I, § 23). Contro questa opinione è però evidente l'autorità di Festo che stabilisce l'origine del collegio dopo che in Roma esistevano 35 Tribù dalle quali erano tirati tre cittadini per ognuna (nam cum essent Romae triginta et quinque tribus — terni ex singulis tribus sunt electi ad iudicandum qui Centumviri appellati sunt et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius numerentur centumviri sunt dicti. V. *Centumviri* e *centumviralia iudicia.*) Si dice, che potea benissimo pria del cennato numero delle tribù esistere il tribunale senza chiamarsi *Centumvirale*, nome venutogli incontestabilmente dal raggiunto numero di cento, bensì col semplice nome di *iudices* e ciò si vuol dimostrare col passo di Livio III 55: ut qui tribunis plebis, aedilibus, *iudicibus decemviris*, nocuisset eius caput Iovi sacrum esset, collocando una virgola tra *iudicibus* e *decemviris*, per modo che sotto la difesa della legge Orazia fossero stati non solo i *decemviri* ma ancora i *iudices*, e questi furono coloro che si chiamarono in appresso *centumviri*. L'argomento non ha valore di sorta, (vedi Schneider § 27 — 33) prova troppo, perchè per *iudices* si potrebbero anche intendere i giudici privati offesi nell'esercizio del loro ufficio senza bisogno di ricorrere a un collegio *senza nome*, inoltre oggi è assicurata la variante del testo liviano secondo gli studi filologici dei più distinti scrittori (Vedi tahn ann. VII, 146, Huschke Servius Tullius pag. 593. Becker röm Alter. II 2, 367. Keller röm civil proc. § 5 n. 66, Rudorff röm. Rechtsgesch. II, § 7, n. 32). Il segno dell'*hasta* e i giudizi sulla proprietà quiritaria non dimostrano al più che l'antichità del collegio contro coloro che lo vogliono nato al principio del secolo settimo (Huschke Serv. Tull. pag. 605) o stabilito dalla legge Ebuzia (Siccama jud. cent. I, 8. Heffter Gai 21.

Orazia Valeria (305) ce ne fa argomentare l'origine remota, e se l'avviso non c'inganna, opiniamo che questo fosse stato il primo collegio permanente, ordinario a Roma istituito immediatamente dopo la compilazione delle XII Tavole allo scopo di amministrare la giustizia, giusta la solenne procedura della legge sanzionata (304-305).

I *Decemviri iudices* o *stlitibus iudicandis* (1), così appellati per distinguersi da altre commissioni (2) dello stesso nome, a differenza dell'*unus iudex*, erano nominati nei comizi tributi e di loro competenza erano le cause intorno allo stato di libertà e di cittadinanza (3), e forse in origine le cause sulla proprietà quiritaria sottratte alla loro competenza colla creazione dei centumviri. Augusto rifuso in certo modo i due collegi mettendo alla direzione degli affari del collegio centumvirale i Decemviri; da ciò l'errore di Pomponio che ne riporta a quel tempo l'origine, quasi fossero stati per la prima volta eletti allo scopo di presiedere all'*hasta* (4).

Sull'estensione della competenza centumvirale discordi sono i pareri. È indubitato che le quistioni di proprietà furono le prime e le più importanti, proprietà simbolicamente rappresentata dall'*hasta* fissa innanzi al tribunale (5) e dalla verga di cui facevano uso

(1) Orelli Inscript. 133, 554, 890, 3135. Varro de L. L. IX, 85. — Il Bethmann — Hollweg (I, § 23, n. 13) legge il testo di Livio colla virgola intramezzata al *iudicibus decemviris* e giustifica nel seguente modo la sua opinione, cioè che gl' interpreti della legge dubitarono se col nome *iudices* avessero dovuto intendersi anche i consoli; or il dubbio non potea nascere se le citate parole non fossero state divise dalla virgola. Ma il dubbio degl' interpreti non era sul modo di lettura, bensì sull' estensione da darsi alla legge delle garenzie verbalmente promesse ai Decemviri. I Decemviri sono difesi perchè giudici, anche i consoli sono giudici, dunque compete anche a questi il beneficio della legge Orazia; a questi termini riducevasi l'argomentazione degl' interpreti presso Livio e distruggevasi colla semplice risposta: quod iis temporibus nondum consulem iudicem sed praetorem appellari mos fuerat.

(2) Decemviri legibus scribundis — Decemviri sacris faciundis.

(3) Cic. pro. Caec. 33. pro domo 29.

(4) Svet. Octav. 36. L. 2, § 29. D. de orig. iur. I, 2.

(5) Festuca utebantur quasi hastae loco signo quodam iusti dominii quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent, unde in centumviralibus iudiciis hasta proponitur. Gai IV, 16.

i contendenti nei processi di rivendica (1). Però non furon queste le sole controversie agitate innanzi ai Centumviri, ricca materia alla loro competenza offrivano le cause ereditarie, di nullità delle disposizioni testamentarie, di preterizione e diseredazione degli aventi diritto (2) forse anche le questioni di stato in quanto si connettevano cogl' interessi ereditari. Falso è che abbiano goduto di una certa competenza nelle cause capitali (3).

La *Lex Iulia de iudiciis privatis* riorganizzò i due collegi decemvirale e centumvirale liberando quest'ultimo delle controversie di un valore al di sotto di 1000 assi, determinandone la competenza, sostituendo alle antiche nuove forme processuali (4). Non è quindi a meravigliare se, caduta la repubblica, il tribunale dei centumviri, tanto per l' importanza delle sue cause, quanto per

(1) Ardite sono le supposizioni dello Schneider delle quali deduce la competenza del collegio decemvirale. Egli trova una specie di affinità tra questo collegio e i comizi centuriati: crede, cioè, che i centumviri avessero avuto competenza su tutte le private controversie che fossero state in certo rapporto con questi comizi, e ciò, secondo lui, lo dimostra l'*hasta* che era l'arma delle prime cinque tribù. Da questa affinità ne seguiva che i centumviri conoscevano 1. delle questioni sulle *res mancipi* perchè queste sole erano censite 2. delle questioni ereditarie perché il testamento prima fu solito esser fatto innanzi le centurie, 3. delle questioni *de libertate et de civitate*, perchè interessava per il censimento di sapere se uno era *ingenuus* e *peregrinus* o no, 4. delle quistioni di tutela tra il *tutor testamentarius* e un *legitimus* (de C. v. iud. ord. § 60 — 72, 75 — 79. 142). Solo e originale nella sua opinione è il Tigerström il quale ritiene che insignificantissime questioni erano portate innanzi ai centumviri, e che la principale ed originaria loro destinazione era stata quella di presiedere all'auzione pubblica o agli affitti dell'*ager publicus*, per la ragione che l' *hasta* loro simbolo era segno del pubblico incanto (de iud. apud. rom. § 237, 239). Il lettore giudichi della stranezza di que st'opinare.

(2) Populi romani hereditatem decemviri iudicent cum vos volueritis de privatis hereditatibus centumviros iudicare. Cic. de leg. agr. 2 — Vedi Cic. de orat. I 38, 57, Plin. Epist. V 1. Quinct. IV. 2. 5, L. 13, 17, D. de inoff. test. V 2.

(3) Sostenuto da taluni per la falsa lettura del teste di Quintiliano: « quibusdam in iudiciis, maximeque capitalibus, ut (? *et* o *aut*) apud centumviros ipsos iudices. IV. 1. »

(4) Gai IV, 95, Cic. pro Mur. 12. Plin. Epist. V. I.

esser divenuto l'unica palestra dell'eloquenza, avesse toccato l'apice dello splendore e della dignità (1).

Fino ai tempi di Diocleziano questo tribunale esercita tuttavia le sue funzioni; non se ne fa più motto sotto gl'imperatori cristiani, e Giustiniano ricorda la *magnitudo et auctoritas centumviralis iudicii* (2), come cosa storica e passata già di stagione.

La formazione del tribunale decemvirale quale in antico sia stata ci è ignoto: per certo dovette sottostare a modificazioni recate dalla legge Ebuzia e compiute dalla legge Giulia. Vivente Cicerone, esisteva già la distinzione in quattro senati detti *consilia*, *hasta*, *tribunalia* (3) i quali ora giudicavano uniti ed ora l'uno accanto all'altro divisi (4), pel primo caso correva spesso il motto di *quadraplum iudicium* (5). Ogni singola *hasta* non formava però un tribunale separato e indipendente; molto più è falso il ritenere che due *hastae* unite avessero potuto giudicare in suprema istanza sopra un' *hasta*, e che l'intiero collegio in piena sessione avesse potuto riformare la sentenza di due *consilia*. La sentenza era una, multiplice il dibattimento; se dunque si raccoglievano assieme due *consilia* e anche tutti e quattro, si era per evitare le molteplici procedure con unità di dibattimento e quindi anche guadagnare un risparmio di spese processuali. Nel prendere la decisione il tribunale di bel nuovo si distribuiva nelle singole *hastae* (6).

Tutta la procedura innanzi ai Centumviri ebbe luogo da principio nel foro (7) indi nella Basilica Giulia (8), con pubblico e orale dibattimento, lungo talvolta se prestiamo fede a Svetonio (9). Il tribunale era convocato dagli *Exquestori* e presieduto dal pretore Urbano (10).

(1) Tac. de Orat. 38.
(2) L. 12 pr. C. de pet. hered. III. 31.
(3) Val. Max. VII. 7, Plin. Epist. VI, 33, Quinct. XII. 5.
(4) Quinct. ibid. Plin. Epist. II 14. IV, 24. IV 33.
(5) Plin. cit.
(6) Quinct. V, 2. XI, 1. 78.
(7) Cic. de orat. I, 38 pro Caec. 18.
(8) Plin. Epist. II. 14. V. 21 VI 33 Quinct. XII, 5, 6.
(9) Vespas. 10.
(10) Svet. Octav. 36. Plin. Epist. V. 21.

§ 3.

GIUDICI NEI MUNICIPI E NELLE PROVINCIE

Godendo i municipi d'una libera, interna amministrazione con propria magistratura e locali statuti ne seguiva che anch'essi avessero avuto a somiglianza di Roma, i loro giudici per le private controversie scelti dall'ordine dei cittadini e detti *judices* e *recuperatores* (1). I *judices* prendevansi dall'Albo dei Decurioni a' quali si congiungevano, in talune città, dei giudici plebei (2). I *recuperatores* si sceglievano dalle parti per mezzo delle *rejectio*, rigettando cioè dalla lista presentata dal magistrato municipale, vicendevolmente, un dato numero, finchè fossero rimasti i giudici necessari a prender cognizione della controversia.

Nelle provincie, erano i *conventus*, radunanze di cittadini romani tenute dal romano magistrato, destinati a prendere cognizione delle liti. Da questi erano presi i giudici, talvolta ancora dagli abitanti del paese. I rapporti sulla nomina dei giudici erano regolati secondo la condizione dei litiganti cioè: le controversie tra cittadini della stessa città, erano giudicati sotto la presidenza del Pretore da giurati eletti dal loro seno medesimo; quella tra cittadini di diverse città andavano a un giudice nominato dal Pretore tra i cittadini del domicilio dei litiganti; le cause tra il privato e una città e viceversa, erano rimandati al senato di un'altra città qualsiasi; finalmente le liti tra un provinciale e un cittadino romano erano decise dal giudice eletto tra i cittadini della nazione cui apparteneva il reo (3).

Ma questi rapporti, non saranno stati eguali per tutte le provincie, solo della Sicilia, e di qualche altra città provinciale sappiamo qualche cosa di certo; per il resto delle provincie bisogna accontentarci di probabilità e d'induzioni. In generale però è certo che il governatore inviato nelle provincie, nell'amministrazione della giustizia, imitava al più possibile gl'istituti di Roma.

(1) Lex. Rubria c. 20, 21 Lex. Manilia V Edict. Venafr. V. 62.

(2) Iudicia plebis decurionibus conjunxit. Orelli, Inscrip. 2489. Keller § 10 n. 159. Rudorff. II § 10 n. 11. Walter II § 698.

(3) Keller § 10, n. 160. Leggasi Walter II. § 699.

§ 4.

GIUDICI SOTTO L'IMPERO — ASSESSORI.

Sotto questo paragrafo comprendiamo tutte le diverse autorità con una competenza giudiziaria, sia in Roma sia nelle provincie, ad esclusione del magistrato speciale, inteso sotto il nome di *iudex pedaneus* e della nuova autorità giudiziaria sorta dai nuovi rapporti dello Stato col potere religioso, e che va intesa col nome di giurisdizione ecclesiastica: l' uno e l' altra formano argomento dei due seguenti paragrafi.

L'Imperatore magistrato supremo, e altresì supremo giudice in tutto l' impero. Egli esercita questa facoltà sia immediatamente per mezzo dei suoi decreti o rescritti e per l'istituto dell'appello sull'istanza di una delle parti (supplicatio, libellus), sia mediamente per la nomina di un giudice privato, *judex a principe datus* (1). Dopo il principe appariscono i supremi magistrati i quali giudicano delle controversie o come delegatari dello stesso, e in questo caso conoscono *vice sacra*, ovvero come giudici ordinari in prima istanza, e allora pigliano il nome proprio di *judex, judex ordinarius* (2).

Giudici inappellabili *vice sacra* sono i *praefecti praetoris* nella periferia della loro prefettura. Giudice appellabile in prima istanza è il *prefectus urbis* nelle cause contro i senatori (3), in seconda istanza inappellabile nelle decisioni dei giudici minori, del *praefectus Annonae*, *vigilium*, *rationalis urbis*. Giudici ordinarii nelle provincie sono il *rector provinciae*, il *consularis*, il *corrector*, il *proconsul*, il *praeses* (4) nomi tutti che accennano ad unica magistra-

(1) Svelon. Octav. 33 Claud. 14, 15. Nero 15. Domt 8. Til. Cod. I. 19 de praecibus imperatori offerendis. L. 18, § 4 D. de minor. IV. 4. L. 2, § 2 D. de jud. V. I. Orelli inscrip. 367, 40, 31.

(2) L. 18, § 3, D. de minor. IV, 4. C. si adv. rem. jud. II, 27. Nov. Th. C. 61, § 7.

(3) Cassiod. VI. 4, Symenach, ep. X. 69, Vedi Til. C. ubi senatores... conveniuntur III. 24.

(4) L. 1, 2, 3, 4, 6. C. Th. de offic. rect. prev. I. 7. C. Eod. I. 40. L. 1, 2. C. Th. de off. comit. rei priv. l. 20 D. de off. praes, I 18. L. 3. C. quib non obj. VII. 35. L. 4 C. Th. de jurisd. II 4. L. 1 C. Th. de off. ecc. cit. Til. C. Th. de consularebus et praesidibus VI. 19.

tura, e distinti solo per la maggiore o minore estenzione territoriale delle provincie.

Nei Municipi trovansi i *magistrati*, indicati esclusivamento con questo nome in contrapposto ai *judices*, e solo per la *tutoris datio*, per la concessione della *bonorum possessio* (1), e per le cause di lievissimo momento, cioè, di 50 soldi, e dopo Giustiniano, di 300 (2). Del resto, possedono il *jus conficiendorum actorum* o *gestorum* (3), il diritto, cioè, di accogliere i protocolli giudiziarî resi indispensabili in molti negozi. Dove manca il magistrato, esiste il *Defensor civitatis, ordinis possessorii, plebis, loci, libertatis* (4).

Accanto a questi giudici, con una generale giurisdizione, stanno altri forniti di nna giurisdizione speciale, cioè; il *procurator Caesaris*, poscia appellato *rationalis* o *magister rei privatae*, per le cause fiscali (5); il *Comes domorum*, per i congiunti e gli appartenenti alla casa imperiale (6); il *judex militaris*, o *Dux, Comes, Magister militum* per le cause civili dei soldati (7). Altri ve ne hanno sotto il nome di *judices dati*, *delegati*, *speciales*, nominati *extra ordinem* non in rapporto al procedimento, ma in rapporto alla loro condizione per talune singole cause (8).

Adesso, più che mai, sono i giudici tenuti a circondarsi di un consiglio composto di persone esperte nel diritto, e colla loro assistenza *de consilii majoris parte* pronunziare la sentenza (9). Esse non sono nè magistrati nè giudici, pure hanno una determinata sfera di attività (10), e vanno responsabili dell'errore preso dal giudice nell'emettere il pronunziato a cagione della loro im-

(1) § 4. 5. Inst. de Atil. tutore I, 20. L. 30 C. de episc. aud. I. 3. L. 9 C. qui admit. ad bonor. posses. VI, 9.

(2) L. 1. C. de defens. civit. I. 55. Nov. 15. c. 3. 6. L. 8 C. Th. de jurisd. II. 1.

(3) L. 2. C. de magistr. municip. I. 56. L. 151 C. Th. de decurion. XII. 1.

(4) Tit. C. Th. I. 20. Nov. major. Tit. 3 C. I. 55. Orelli inscript. 3, 910. 5171.

(5) L. 5, C. ubi caus. stat. III. 22. Tit. C, ubi caus. Fisc. III. 26.

(6) L. ult. C. tit. cit. Nov. 20 e 30.

(7) L. 6 C. de jurisd. III. 13. Tit. C. Th. I. 18.

(8) L. 5 D. de off. praes. I. 18. L. 4 D. de off. praet. I. 14 L. 18 C. de jud. III. I. Paul. sent. V. 5 a § 1. L. 16 C. Th. de appel. XI. 30.

(9) Tit. C. Th. de Assessor. I. 21. C. de Assessor. I. 51. Cic. Verr. V. 21.

(10) L. 1 D. de offic. assessor. I. 22.

prudenza (1). Gli assessori nei singoli tribunali erano determinati di numero e ricevevano un salario (2).

§. 5.

IUDICES PEDANEI

Se avvi punto controverso nella storia della romana magistratura, quello intorno i giudici pedanei appunto è desso. Gli scrittori non sono di accordo, nè sul nome, nè sull'origine, nè sulla loro competenza e attribuzioni. Erroneo ci sembra il ripeterne la storia dallo riforme recate da Diocleziano (286 d. C.) nel sistema della magistratura e nell'ordine processuale. Oltrechè egli stesso parla dei giudici pedanei come già esistenti nel tempo del doppio stadio processuale (3); Ulpiano, ucciso già nel 228, e Paolo suo contemporaneo fanno in più luoghi menzione di questo nuovo magistrato, e non come un semplice giudice delegato o semplice cittadino chiamato a conoscere dalla pura quistione di fatto, ma come godento di una certa giurisdizione (4). Abolito il doppio

(1) L. 2. D. quod quisque. tl. 2.

(2) L. 2 C. de offic. praef. praet. I. 27. L. 4 D. de offic. assessor. I. 22.

(3) L. 2 C. de Pedaneis judicibus. ttl. 3.

(4) Et qui capitali crimine damnatus est non debet pro alio postulare. Item senatu consulto *etiam apud judices pedaneos* postulare proibetur, calumniae pubblico judicio damnatus. L. 1 § 6. D. de postulando IIt. 1. Postulare est desiderium suum, vel amici sui in jure apud *eum qui jurisdictioni* praeest, exponere. Eod §. 2. se la *postulatio* ha luogo innanzi al magistrato con giurisdizione e se al condannato per calunnia è proibito di postulare anche innanzi al judex pedaneus è evidente, che questo deve godere di una certa giurisdizione. Il senato consulto citato da Ulpiano riguarda il giudice pedaneo come un magistrato a se, Senza rapporto veruno al principio di delegazioue, e nel modo stesso è preso nel seguente frammento: si quis ad pedanenm judicem quem vocatum eximat, poena ejus edicti cessabit. L. 3 § 1 D. ne quis eum II. 7. come può la *vocatio* farsi innanzi al giudice pedaneo se questi non sia fornito di un certo grado di giurisdizione? Parimenti di rimpetto al Pretore egli vien considerato qual magistrato a se, là dove è detto, Praetor ipse se tutori dari non potest, sicut nec pedaneus judex. L. 4 D. de Tut. XXVt. 5. E Paolo ci fa sapere che il giudice pedaneo era

ordine processuale, il giudice pedaneo viene indistintamente detto *judex datus a magistrato, judex delegatus, judex specialis;* ma questi diversi contrassegni che accennano al concetto di delegazione in sostanza non modificano il suo vero carattere, e il nome suo proprio è sempre quello di *judex pedaneus.*

Se tra le innumerevoli opinioni ci è lecito di esporre anche la nostra, diciamo, che innanzi le riforme di Diocleziano, questa magistratura fu tutta municipale, ed essa formò il primo passo all'abolizione del doppio procedimento; in quanto che, se per le cause di qualche rilievo il magistrato continuava a rimettere i contendenti innanzi al giudice da loro scelto non senza perdita di tempo e di formalità processuali, per le piccole bagattelle si provvide con un giudice, il quale con unità di procedura, in virtù del tenue grado di giurisdizione attribuitagli, metteva un termine alle controversie. Egli si chiamò con barbara espressione *pedaneus* ad analogia del *senator pedareus, dell' eques pedareus,* che nondum a censoribus in senatum lecti senatores quidem non erant, sed — in senatum veniebant et *sententiae ius habebant* (1). L'imperatore Diocleziano avendo abolito *l'ordo judiciorum priva-*

membro della curia, e indica le pene nel caso che si avesse lasciato corrompere. Sent. V. 28. L. 38 § 10 D. de poenis XLVIII. 19. Da tutto ciò risulta che pria di Diocleziano i giudici pedanei aveano una giurisdizione propria e formavano una magistratura stabile. Le controversie agitate innanzi a loro chiamavansi *causae privatae, parvae questiones*, e *privata cognitio* il loro giudizio, così Aur. Victor: si apud pedaneum judicem sit *privata cognitio* ad sermocinationis vicem deprimendam actionem, etiam non admonitus intelliges. Sicut enim in sublimibus quaestionibus deiecta et jacens pronunciatio deformis est, ita in pervis elata et clamonosa — est — ridicula, Ars. Reth. 24.

(1) Gell. III. 19 — Le opinioni sull'origine del nome sono diverse: alcuni dicono, essersi il giudice chiamato pedaneo, perchè giudicava stando ritto in piedi; altri perchè sedeva ai piedi del magistrato, (*subsellium*); altri perchè giudicava *de plano;* il Tigerström opina, che si appellò coll'indicazione dell'infima parte del corpo per dinotarlo come apparenente agli *humiliores judices;* il Rudorff crede essersi così nominato in contrapposto al magistrato con una certa giurisdizione (celsior, cui aliqua jurisdictio est.). La dichiarazione che ne dà l'imperatore Giuliano (pedaneos judices hoc est qui negotia humiliora disceptant) non si riferisce all'origine del nome, bensì alla competenza.

torum, e quindi vietato ai supremi magistrati di delegare la cognizione delle liti ch'essi solevano rimettere ai giudici pedanei; ordinò, che allora soltanto questa delegazione fosse permessa, quando si trattava di cause alle quali non fossero stati tenuti essi stessi *ex officio cognoscere* e quando ne erano a cagione del pubblico interesse impediti. In questa costituzione imperiale, nè si creano i giudici pedanei, nè in modo alcuno si esclude in essi una giurisdizione; solo parlasi di una facoltà concessa al magistrato per quelle cause, che *dovea* egli stesso giudicare, per quelle cioè, che oltrepassavano la competenza del giudice pedaneo, e nelle quali questi *potea* farla da giudice delegato. La costituzione in modo accessorio si esprime sopra il giudice pedaneo, suo scopo principale è di provvedere alla delegazione delle cause in generale col porvi un limite e riducendola ad eccezione, sia che essa abbia luogo nella persona di un giudice pedaneo, sia in quello di qualsiasi cittadino (1). L'imperatore Giuliano fu il primo il quale coordinò i giudici pedanei al magistrato superiore, per modo che in tutte le cause di poco rilievo, e non nelle singole, le quali avessero oltrepassato la loro competenza, il magistrato allontanandosi della provincia, avesse *dovuto* sceglierli per giudici delegati; sicchè, se Diocleziano lasciò libera al magistrato la scelta del giudice delegato e per singoli casi, Giuliano impose la dele-

(1) Imperator Diocletianus et Maximianus dicunt — Placet nobis praesides de his causis in quibus, quod ipsi non possent cognoscere antehac pedaneos iudices dabant, notionis suae examem adhibere, ita tamen ut vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant facultatem. Quod non ita accepi convenit ut in his etiam causis in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi judices licentia permissa credatur. Quod usque adeo in praesidum cognitione retinendum est ut eorum judicia non deminuta videantur, dum tamen de ingenuitate super qua poterunt etiam ante cognoscere et de libertinitate praesides ipsi dijudicent. L. 2 C. de Ped. iud. III. 3. In questa costituzione non dicesi in modo alcuno che i pedanei fossero stati giudici delegati, e che i presidi doveano nei casi permessi rimettere a loro le controversie; in termini generalissimi Diocleziano dice: *judices dandi habeant facultatem*, ma quali giudici? bisogna sconvolgere tutte le regole di sintassi per riferire questa proposizione principale all'accessoria antehac iudices pedaneos dabant.

gazione nella persona del giudice pedaneo, e per una sfera determinata di affari (1). L'imperatore Zenone diede una nuova organizzazione a questa piccola magistratura che, quale sia stata, a noi è ignota per essersi perduta la costituzione sul riguardo. Dal breve e passeggiero cenno fattane da Giustiniano, ci è dato il ritenere che i pedanei eran nominati dall'istesso imperatore (2), e nulla ci vieta di supporre, che anche pria di Zenone, avesse avuto luogo nel modo stesso questa nomina, la quale da se stessa esclude la dottrina della delegazione da reputati scrittori fin oggi propugnata. Giustiniano per un momento immaginò i pedanei in antitesi al *judex cui aliqua jurisdictio est* (3), ma se non voglia ritenersi l'espressione per un indovinello dell'imperatore; giacchè, alla dimanda, chi potea esser questo giudice con una *certa* giurisdizione? non si troverà giammai una risposta, atteso che i magistrati in generale godono di una giurisdizione, non di una

(1) Imperator Julianus, Secundo Pr. Pr. Quaedam sunt negotia in quibus superfluum est moderatorem expectare provinciae, ideoque pedaneos judices, hoc est, qui negotia humiliora disceptent, (disceptant?) constituendi damus praesidibus potestatem. L. 5 C. de Ped. jud. Un'iscrizione recentemente trovata, ci dà in modo più ampio, il contenuto della costituzione di Giuliano: « Oboriri solent nonnullae controversiae quae notionem requirant et examen judicis celsioris. Tum autem quaedam negotia sunt, ex quibus superfluum sit moderatorem expectare provinciae. Quod nobis utrumque pendentibus rectum admodum visum est, ut pedaneos judices, idest, eos qui negotia humiliora disceptent, (disceptant?) constituendi daremus praesidibus potestatem. Ita enim et sibi partem curarum ipsi deminuent, et tamen nihilo minus, quasi sibi hoc munus adminastrabunt cum illi quos elegere, administraverint. Cujus rei constituendae munus ad tuae eminentiae spectat curam. Ad excellentiam tuam igitur misimus per eundem. *rel desunt.* Bullettino dell'Istituto di corrispondenza archeologica 1852. Nr. 3. 4. L'imperatore Giuliano dunque, stabilisce i giudici pedanei, i quali già decidono delle piccole controversie, e godono quindi in queste di una giurisdizione propria, quali giudici delegati per le altre controversie di competenza del magistrato superiore, le quali, quantunque di poco rilievo in rapporto alla larga giurisdizione di costui, erano fuori la cerchia dell'umile giurisdizione del giudice pedaneo.

(2) Nam qui in ea (costitutione) *pedanei judices scripti sunt* omnes vita excesserunt. Nov. 82. proem.

(3) L. 3 C. ubi et apud quem. II. 47.

certa giurisdizione; bisogna ritenere, che Giustiniano abbia voluto accennare col *iudex cui aliqua iurisdictio est* il vero e proprio giudice pedaneo, mentre col termine contropposto si riferisce al giudice delegato.

Più tardi Giustiniano stesso, nella novella 82 regolò ampiamente questa materia, determinando a 300 *solidi* i limiti della competenza.

I giudici pedanei furono scelti dall'ordine degli avvocati (1) senza veruno rispetto al censo. Questa elezione fatta tra i periti nel diritto rendevasi indispensabile, specialmente dopo l'abolizione dell'antico ordine processuale; sì perchè toccava al giudice di decifrare il punto del diritto lasciato in antico alle cure del magistrato, e sì ancora per il cumulo delle leggi secondo le quali bisognava rendere giustizia e la conoscenza delle quali impossibile sarebbe riuscita in un semplice cittadino.

§ 6.

GIUDICI ECCLESIASTICI.

Non tosto la nuova religione, sostituitasi al culto e all'idea pagana, per i suoi intimi rapporti non più con individui, ma ancora con gran parte delle diverse classi sociali dell'impero, venne riconosciuta nel suo interno organismo, nelle sue dottrine, nelle sue istituzioni qual religione dello Stato; che subito tra i magistrati si videro anche annoverati i giudici ecclesiastici. Fin dalla sua origine già la chiesa, per necessità di sua natura e per il principio organico col qual costituivasi in un sol corpo con ordinamento gerarchico, aveva un giudice, che secondo la legge del vangelo e la nuova disciplina ecclesiastica pronunziava le sue sentenze intorno a tutto ciò che concerneva la religione: e quindi fin dai primi tempi degli apostoli si leggono i primi atti giudiziari, severi, inesorabili contro i trasgressori dei divini precetti; si vedono dalla comunione cristiana rimossi gl'indegni, fulminati di anatema i tra-

(1) L. 6 pr. C. de advoc. diver. jud. II. 7. L. 27 C. de procur. II. 13. L. 4 C. Th. de excusul. artif. XIII. 4 — Vedi su tutta questa materia Bethmann-Hollveg. Röm. Civil. proc. III, § 140.

sgressori, sottoposti a dure penitenze gl'infidi seguaci della sacra legge. La chiesa avea la sna polizia, l' amministrazione di beni terreni per la comunanza di vita nei suoi primi fedeli, e punniva il semplice venir meno alla promessa di depositare le proprie sostanze in mano dei suoi Diaconi cogl'inesorabili castighi del cielo talvolta pronto esecutore della condanna. Non è di questi rapporti meramente religiosi che noi ci occupiamo, ma dei rapporti civili nei quali il giudice ecclesiastico fu chiamato come competente.

In generale, i Vescovi una grande inflenza esercitavano nell'amministrazione della giustizia per qnelle specie di soprintendenza e di sorveglianza che avevano sopra le diverse magistrature; per lo che Giustiniano, sempre più aumentandola, stabiliva questa superiore autorità ecclesiastica a invigilare le locali magistrature, ad accogliere i ricorsi contro la denegata giustizia, ad avvisarne il giudice denegante, e in estremo farne rapporto all'Imperatore. Inoltre dovea il Vescovo seder giudice nelle controversie tra un semplice cittadino e un magistrato, e congiungersi a questo nel pronunziar la sentenza tra privati, quando fosse stato ad nna delle parti sospetto (1).

In particolare, era antica costumanza, che le contese, anche pei diritti civili, sorte tra i membri della chiesa cristiana, fossero state decise dalle autorità ecclesiastiche chiamate come arbitre dai litiganti. Stretto il nodo di amicizia tra la chiesa e lo Stato, rimase questo costume sotto il nome di *episcopale judicium*, *episcopalis audientia* (2), e Costantino ordinò che siffatte decisioni avessero dovuto, senz'altro, eseguirsi dai giudici ordinari (3); anzi andò egli tant'oltre, che lo stesse contese pendenti già innanzi a un tribunale civile permise che col consenso delle parti avessero potuto esser portate al tribunale del Vescovo, e quasi poco ciò fosse stato, accordò questo diritto anche all' una delle parti, l' altra dissenziente (4). Gl'Imperatori Arcadio e Onorio restrinsero questa esorbitante autorità vescovile; se da nna parte essi concessero ai contendenti di far dirimere, con comune accordo, dal vescovo la

(1) Nov. 123. c. 21. Neander. Kirchengesch. I. 2.

(2) Cod. Th. I. 27 de episcopali definitione. Cod. Iust. de episcopali audientia. 1, 4.

(3) Sozom. hist. eccles. I, 9. Anal. vitae Costan. IV, 27.

(4) L. 1, C. Th. h. t. XVIII, constitutiones Sirmondi.

controversia, dall'altra la decisione di costui non ottenne altra forza che quella di un'arbitrio (1): il potere giudiziario gli fu intieraramente sottratto, tranne che nelle materie di pura religione (2). Sembra che l' Imperatore Valentiniano III, nell' anno 425 abbia tolto alla giurisdizione dei magistrati civili i chierici sottopostovi già da Giovanni il Tiranno, rimandandoli all'*episcopalis audientia* (3).
Ma per una costituzione del 452 limitò egli di bel nuovo il potere vescovile, ribadì quanto da Onorio e da Arcadio era stato stabilito, solo concedendo una giurisdizione tra laici e chierici col presupposto formale di un compromesso.
Queste disposizioni vennero confermate da Marciano; solo agli ecclesiastici sotto la giurisdizione del Patriarca di Costantinopoli si riserbò di essere perseguitati in giudizio o innanzi a questo, o innanzi al *praefectus praetorio* (4). Giustiniano accolse nel suo codice la costituzione di Arcadio e di Onorio, tralasciò quello di Valentiniano, e in seguito dispose, che i Monaci, per non esser turbati dalle loro sacre funzioni, dovessero essere giudicati dal Vescovo (5), privilegio che estese a tutti gli altri ecclesiastici (6). In queste cause tra gli ecclesiastici regolari e irregolari e tra i laici usavasi un procedimento sommario, *sine scripto*, e solo con *scripta forma* quando l'avessero voluto e domandato le parti (7).

CAPO V.

Foro competente, e ricusazione del giudice.

Non basta per il magistrato l' essere investito di una giurisdizione, sia generale, sia speciale per certi determinati negozi; ciò nei singoli casi non lo fa giudice nè su tutte le persone, nè su

(1) Si qui ex consensu apud sacrae legis antistitem litigere voluerint non vetabuntur, sed experientur illius, in civili dumtaxt negotio more arbitri sponte residentis judicium. L. 7 C. de Epis. Aud. cit.

(2) Constat Episcopos forum legibus non habere, nec de aliis causis secundum Arcadii et Honorii constituta praeter religionem posse cognoscere, Nov. XII. L. 8 C. de Episc. aud. cit.

(3) L. ult. C. de Epis. et cler. I, 3.

(4) L. 25 C. de Epis. et cleric. cit. L. 13 C. de Epis. Aud. cit.

(5) Nov. 79.

(6) Nov. 83. Nov. 123 c. 8, 21-23.

(7) Nov. 83, proem.

qualunque parte del territorio dello Stato; perchè dunque efficacia abbia il suo giudicato bisogna che siavi una regione, un territorio, uno spazio definito nel quale il potere magistrale si svolga (1) riguardo a determinate persone considerate in rapporto a se stesse (2) e in rapporto alle cose litigiose (3). È questo che lo costituisce giudice competente e la sua competenza forma il *forum* pei contendenti. Nello fonti manca la definizione del *forum*. Isidoro espone con questo nome il luogo dove si agitano le liti, appellato nelle nostre sorgenti *competente* e anche *rei forum* (4).

Quando lo Stato romano circoscrivevasi in piccolo territorio, non fu certamente necessario di agitare la quistione sulla competenza. Il Re era giudice competente su tutto il territorio, come poscia i Consoli. Ma coll'estendersi della romana dominazione, col moltiplicarsi il numero dei magistrati, col contrarsi nuovi e svariati rapporti tra i cittadini e stranieri non potè passare inosservata tale quistione, che pur è la base sulla quale si fonda tutta la forza del magistrato.

Rispetto al territorio, il potere della magistratura repubblicana estendevasi da principio su tutto il suolo posseduto dal popolo romano: i Consoli capi supremi della repubblica erano giudici competenti delle controversie tra tutti i cittadini romani in qualsiasi

(1) Verba praetoris ex Edictio perpetuo de Flamine Diali et de sacerdote Vestae adscripsi: sacerdotem vestalem et Flaminem Dialem *in omni mea jurisdictione* jurare non cogam. Gell. X, 15. Praefectus urbi cum terminos urbis exierit potestatem non habet. L. 3 D. de off. praef. urb. I, 12. Extra territorium jus dicenti impune non paretur. L. 20 D. de iurisd. II, 1. Territorum, est universitas agrorum intra finis cuiusque civitatis, quod ab eo dictum quidam ajunt, quod magistratus eius locis intra eos fines terrendi, id est, summovendi jus habet. L. 239 § 8 D. de verb. sign. L. 16. Vedi Savigny. System VIII. pag. 52. 73. 74.

(2) Contumaces non videntur, nisi qui cum obedire deberent non obsequantur, idest qui ad jurisdictionem ejus cui negent obsequi pertinent. L. 53 § 3. D. de rejud. XLIII. 1.

(3) Iudex ad certam rem datus, si de aliis pronuntiaverit quam quod ad eam rem pertinet, nihil agit. L. 1. C. si a non comp. jud. VII. 48. Vedi L. 2. § 16, 23, 27, 28, 38 D. de orig. juris 1. 2. L. 1 pr. § 4 D. de off. Praef. urb. I, 12.

(4) Isid. XVIII, 15, de orig. Fest. V. Forum. Varro de LL. IV. Cod. III. 13. L. 2. 5. Eod.

punto dello Stato: solo il pretore Urbano dovea tenere a Roma il suo tribunale senza che avesse potuto abbandonare la città, al pari che il pretore Peregrino per le contestazioni tra cittadini e stranieri. La limitazione topografica per il primo fu originariamente l'*ager romanus*, poscia l'intiera Italia godente del diritto di cittadinanza; in quell' ultimo caso però sempre colla sede del tribunale in Roma, e in concorrenza col magistrato municipale ch'era competente sopra il municipio (*civitas*, *respublica*, *municipium*) e in tutto il suo territorio (*territorium, regio).* La competenza del Governatore delle provincie circoscrivevasi nei limiti del territorio provinciale. Ai tempi dell'impero, solo l'Imperatore era giudice competente in tutto lo Stato, le altre magistrature, siano antiche, siano nuove si aggirarono solo in una determinata sfera territoriale.

Conseguenza di questa circoscrizione territoriale si è, che il magistrato fuori del suo territorio ad eccezione del proconsole, non si differisce da qualsiasi privato cittadino (1), e che il suo potere non è efficace che sulle persone e sulle cose le quali trovansi entro questo limite; ben s'intende però che la presenza delle cose litigiose allora è necessaria quando trattasi di atti esecutivi, non già nel caso di semplice contestazione e di conoscenza giudiziaria (2).

Rispetto alle persone che sono soggette alla giurisdizione di un determinato giudice, il primo e originario fondamento della soggezione trovasi nella *civitas*: il *cives romanus* in Roma, il *cives municipalis* nel Municipio e nelle Colonie; dapoichè è la cittadinanza municipale e romana che sceglie i suoi magistrati e che vi si sottomette (3). Ogni cittadino acquista colla nascita il diritto di cittadinanza (*origo, nativitas*) che pei nati di legitimo matrimonio è quella del luogo cui appartiene il padre, per tutti gli altri il luogo della madre. Questo stato forma il *forum originis*

(1) Praeses provinciae, in suae provinciae homines tantum imperium habet et hoc dum in provincia est, nam si exisset privatus est. L. 3 D. de off. praes. I. 18.

(2) Non ejusdem provinciae praesidem adeundum ubi res de quibus agitur sitae sunt, sed in qua is qui possidet sedem et domicilium habet. Vat. Frag. 326.

(3) Rudorff. II. § 5. n. 2.

dal quale non si differisce quello acquistato per l'*adoptio*, per *la manomissio*, per l'*allectio* (1).

Sì tosto ai municipi si estese la romana cittadinanza, che si ebbe un doppio *forum originis*, il particolare del luogo di nascita, e il generale in Roma considerata qual patria comune (2). Da ciò la conseguenza, che il tribunale di Roma era competente sulle cause tra gli abitanti dei municipî e poscia di tutto l'impero, quando per la legge Giulia e per autorità di Caracalla, la cittadinanza si estese a tutta l'Italia e a tutte le provincie. Però bisognava trovarsi presente a Roma per esser citato innanzi al magistrato romano, o almeno avervi parte dei beni per essere in ogni caso concessa la *missio in possessionem*; l'assente era sempre citato innanzi al giudice di nascita, solo in tal caso competente. È anche il municipale e il provinciale che trovavansi a Roma, specialmente inviativi per pubblici o per altrui interessi, quando non si fosse trattato di rapporti contratti durante la loro dimora nella capitale (3), potevano essere provocati innanzi al giudice di nascita, mercè la stipulazione di un semplice *vadimonium*. Questo particolar privilegio si disse *jus revocandi domum* (4).

Egli potea avvenire che taluno, senza pregiudizio dei diritti di cittadinanza in una determinata città, avesse temporaneamente stabilito in un altro luogo la sua abitazione, *domicilium*, facendovi centro ai suoi affari. Costui detto *incola* (5), per essere entrato in ispeciali rapporti giuridici colla nuova città, nella quale se non godeva la pienezza dei diritti di cittadino pure ne avea gran parte dei vantaggi, era soggetto al magistrato del luogo in concorrenza col magistrato di nascita (6). Ciò costituì il *forum domicilii*.

(1) Bethmann-Hollweg. II. § 73. n. 23.

(2) Omnibus municipibus duas censeo esse patrias, unam naturae alteram civitatis. Cic. de leg. II. 2. Roma communis nostra patria est. L. 33 D. ad Munic. L. 1.

(3) L. 2 § 2 — 5, L. L. 8. 28 § 1 — 4 L. 39 § 1 D. de judic. V, I. L. 28 § 4 D. ex quib. caus. maj. IV. 6. L. 33 § 9 D. de recept. IV. 8. L. 5 § 1 D. de const. pec. XIII. 5. L. 3 D. de legation. L. 7.

(4) L. 38. § 4 ex quib caus. maj. cit: Cic. Verr. III. 15.

(5) Incola est qui aliqua regione domicilium suum contulit — Nec tantum hi qui in oppido morantur incolae sunt, sed etiam qui alicujus oppidi finibus ita agrum habent, ut in eum se quasi in aliquam sedem recipiant. L. 239 § 2 D. de verb. sign. L. 16.

(6) Incola et his magistratibus parere debeat apud quos incola est, et

Il *forum originis* e il *forum domicilii*, in sul principio, a cagione della breve estensione territoriale e dei pochi rapporti commerciali, dovettero formarne un solo, la dottrina della loro duplicità ebbe origine collo sviluppo del commercio. Le fonti del diritto nella maggiore parte fan solo menzione di quest'ultimo (1).

Questi due fori costituiscono adunque la base generale della soggezione dei contendenti al magistrato. Sonvi però delle eccezioni le quali fanno luogo i così detti fori speciali, e la prima è quella che viene dalla volontà stessa dei contendenti.

Siccome l'elezione del *forum* è un diritto delle parti, possono così queste di comune accordo sia espressamente sia tacitamente portare la lite innanzi a un'altro magistrato diverso da quello di origine e di domicilio e che abbia la opportuna *jurisdictio* (2). Per questa *prorogatio jurisdictionis*, o *jurisdictio prorogata*, necessario non è il consenso del Pretore, basta il semplice accordo dei litiganti (3).

Sopra gli speciali rapporti contratti da un individuo in un territorio diverso dal suo, nel quale senza esser cittadino si obbliga verso un' abitante del luogo, si fondò fin dagli antichi tempi il così detto *forum contractus*, *forum solutionis*, e in modo analogo il *forum gestae administrationis*.

illis apud quos civis est; nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet. L. 29 D. ad Munic. L. 1.

(1) L. 19 § 4 D. de judic. V. 1. L. 29 § 4 D. de inoff. test. V. 2. L. 1, 2 D. de reb. auctorit. jud. XLII. 5. Frag. vat. 326. L. 1 C. ubi res hered. III. 20. L. 4 C. ubi causa status III. 22. Bethmann-Hollweg (Versuche. pag. 6) fondandosi sulla L. 190 D. de verb. sing. L. 16. opina, che nelle fonti si faccia poco cenno del *forum originis* appunto perchè non trovava applicazione nelle provincie; ma a quest'opinione si oppongono la L. 38 pr. D. de rit. nupt. XXIII. 2. e la L. 1 § 2 D. de tut. et curat. dat. XXVI. 5. In quella legge adunque, il Wetzel (System. des ord. civil pr. seconda Ediz. pag. 432, n. 5) crede, che si tratti di un rapporto che adesso più non si conosce, e se negli altri luoghi citati si parla solo del *forum domicilii*, si è perchè forse verosimilmente era condizionato alla casuale presenza del reo.

(2) L. 1. 2 pr. D. de judic. V. 1. L. 15 D. de jurisd. II. 1. LL. 1, 3 C. de jurisd. III. 13.

(3) L. 2 § 1 D. de jud. V. 1.

Quando da un complesso di circostanze risulta che là il debitore abbia avuto l'animo di soddisfare, dove contrasse il suo obbligo, anche senza espressamente indicare il luogo; egli di fatto si sottomette al magistrato del luogo dove compie il contratto: così un negoziante si suppone che voglia consegnare la merce nel luogo dove contratta sulla medesima; che un viaggiatore voglia pagare gli ordinari mezzi di vita nel luogo dove li acquista; in questo adunque compiendosi il contratto, il debitore si sottomette alla giurisdizione del magistrato locale, innanzi al quale può essere provocato (1).

Non in tutte le obbligazioni però, il luogo dove si manifesta il volere costitituisce il foro competente, nella maggior parte dei casi questo è determinato dal luogo dove il volere, in virtù della *solutio*, diventa efficace (2); onde il principio, che il debitore dev'essere chiamato in giudizio là dove è tenuto a fare il suo pagamento.

Che il luogo del pagamento *(forum solutionis)*, da per se stesso costituisce il foro indipendentemente da qualsiasi condizione anche dall'accordo delle parti (3), risulta dalla *certi condictio*. Colui al quale per un *negotium stricti juris*, verbi grazia, stipulatione, prestito, legato per *damnationem* e *sinendi modo*, era imposto l'obbligo di pagare in un luogo determinato, poteva soltanto in questo esser provocato in giudizio; onde non per un volontario assoggettamento, sibbene per la locale determinazione dell'*obligatio*, egli era sottoposto alla giurisdizione del giudice del luogo ove la *solutio* avrebbe dovuto effettuarsi, siffattamente che il suo creditore sarebbe incorso nella *plus petitio* nel caso che lo avesse voluto altrove provocare. Più tardi, per la libera esecuzione dell'*actio ar-*

(1) Savigny. Syst. VIII. p. 209, 222, 223. L. 19. § 2 D. de judic. V. 1.

(2) Contractum non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia L. 3 D. de reb. auctorit. jud. XLII. 5. Contraxisse uuusquique in eo loco intelligitur, in quo ut solveret se obligavit. L. 21 D. de Obl. et act. XLIV. 7.

(3) Savigny (VIII. p. 242) Zimmer (Gesch. des röm: Privatr. III. § 28). Bethmann-Holweg (Röm Civil pr. II. § 74), fanno dipendere il *forum solutionis* dal solo accordo delle parti, così l'Holweg: « Ueberal beruht das forum contractus nicht auf objectiven Localisirung des Schuldverhältnisses; sondern auf den frein Willensbestimmung des Schuldners, hier zu leisten und sich damit zugleich den Gerichten dises Orts zu unterwerfen.

bitraria de eo quod certo loco dari oportet, la quale permetteva, a vantaggio di ambedue le parti di tener conto dei locali interessi, si rese possibile la competenza di un altro foro diverso da quello del pagamento, p. e. il *forum domicilii* (1).

Il luogo ove soddisfare alle obbligazioni nascenti da un'amministrazione, come tutela, mandato, gestione di affari, costituisce il *forum gestae administrationis*, e che altro non è se non il *forum contractus*; cioè, il luogo dove l'amministrazione si è compinta (2) tanto per gli obblighi dell'agente verso il *dominus*, quanto per quelli di ambidue verso i terzi (3).

Un delinquente là esser dee punito dove ha commesso il delitto, senza potere opporre la *praescriptio fori* e la sua condizione di straniero alla cittadinanza del luogo del delitto perpetrato. Questo principio è antichissimo in Roma rispetto ai giudizi penali, pei quali, nei trattati di confederazione tra le città libere, autonome e che godevano di un foro criminale, sulla base del diritto internazionale, convenivasi la consegna del delinquente (4), onde esser punito nel luogo del delitto commesso. È dubbio però rispetto alle azioni civili nascenti *ex delicto*, delle quali non si fa nelle fonti menzione se non per analogia (5).

Una novella di Giustiniano allargò per tutte le azioni penali la competenza di questo foro, per guisa che innanzi al giudice del luogo del delitto avesse potuto agirsi e per la pena del delinquente e per gl'interessi e i danni civili dal delitto apportati (6).

(1) Vedi il tit. de eo quod certo loco. D. XIII. 4.

(2) L. 19 § 1. 3. L. 36 § 1. L. 45 pr. D. de ind. V. 1 L. 4. § 5 D. de edendo II. 13 L. 54 § 1 D. de procur. III. 3. L. 1. 2 C. ubi de ratioc. III. 21.

(3) L. 54 § 1 D. de proc. III. 3. L. 19 § 3. L. 36 § 1 D. de jud. V. 1. L. 1. 2 C. ubi de ratioc. III. 21.

(4) Walter röm Rechtsgesch. § 74.

(5) L. 24 § 1 D. de jud. V. 1. L. 43 D. de noxal. act. IX. 4.

(6) Taluni giuristi vogliono la Novella 69 riferire soltanto al procedimento criminale, il che contradice al contenuto della stessa: Quid enim erit durius, quam lesum forsan circa sublationem bovis, aut equi, aut jumentorum alicujus, aut pecudum, aut (ut exigeum dicamus) domesticae gallinae, hunc cogi non in qua aufertur provincia litigare, sed alibi currere et ibi probationes, horum quae pertulit exigi, et aut plures expensas pati, quam rei aestimatio est, aut inopiam ingemiscentem ferre. Cap. 1 § 1.

Un'altro foro è determinato dal luogo, dove ritrovasi l'oggetto litigioso (*forum rei sitae*). Il suo fondamento sta in ciò, che il potere del giudice territorialmente limitato deve estendersi sulle cose esistenti nel suo distretto, e che i rapporti sulle cose medesime contratte non possono in modo migliore essere realizzati che innanzi al magistrato del sito (1). Nel periodo formulario essendo stata la sentenza diretta sopra nua determinata somma di danaro, il *forum rei sitae* non faceva d' uopo che per il procedimento esecutivo e casi analoghi, non già per le contestazioni di diritto. Con ciò spiegasi perchè questo foro abbia trovato nna tarda sanzione pria con una legge di Valentiniano, Teodosio e Arcadio nell'anno 385, per le cause di rivendica, cioè, per l'azione di proprietà (2). Dapoichè essendo state allora la lite, la sentenza e l'esecuzione, non più dirette sul valore della cosa, ma sulla cosa medesima; indispensabile rendevasi per comodo di procedimento fissare la competenza nel magistrato del luogo ove era situato l'obbietto. L'imperatore Giustiniano colla Novella 69, l' estese alle controversie intorno ai confini, alle ipoteche, al possesso, senza differenza veruna tra cosa mobile e immobile.

Ei può accadere che un'azione sia in materiale dipendenza con un'altra, e che l'attore nello stesso procedimento pigli la parte di reo; queste due ipotesi diedero origine al così detto *forum connexitatis*, distinto dagl'interpreti in *forum connexitatis materialis* per i casi contenuti nella prima ipotesi, e in *forum reconventionis* per la seconda. Già Costantino avea vietato la divisione di quegli atti che contenevansi nella stessa causa, *causae continentia;* e per rescritto imperiale si era disposto che non fossero portate innanzi a diversi giudici quelle cause che potevano essere terminate con una sentenza da un solo, presupposto che per la connessità fosse stato competente, laddove non lo sarebbe altrimenti stato. Anche la *praescriptio litis consortium* introdusse Costantino, cioè l' unità

(1) Bethmann-Hollweg. Versuche. I. p. 37.

(2) Actor rei forum sive in rem sive in personam sit actio sequitur; sed et in locis in quibus res, propter quas contenditur, sitae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri. L. 3. C. in ren act. III. 19. Che questo passo abbia introdotto il forum rei sitae indubitatamente lo pruova il Frag. Vat. 326. Nella legge 38 D. de jud. V. 1. non si parla che del *forum contractus*.

del foro tra persone della stessa o di diverse provincie soggette da per se a diversi giudici, e che per comunità d'interessi dovevano esser citate innanzi a un giudice solo: abolita da Giuliano, Giustiniano non si diè pensiero di rimetterla in vigore (2). Non bisogna però confondere questi due speciali istituti col *forum connexitatis* preso nel suo doppio aspetto. Il *forum connexitatis materialis*, trova in pochissimi casi la sua applicazione. Pel risarcimento dei danni cagionati da un delitto può l'offeso, *adhaerendo*, presentarsi al tribunal criminale (3); l'interveniente principale siccome piglia parte al procedimento, così ancora dee partecipare al suo foro (4); i procuratori per la determinazione e la riscossione delle spese da loro fatte, devono adire il tribunale presso il quale si tratta o fu trattata la causa principale (5); sono questi i casi della connessione materiale di causa, dai quali facile è rilevare la differenza poco innanzi cennata.

Il *forum reconventionis* è fondato per ogni azione che, durante e pendente il processo, innanzi al tribunale può il reo intentare contro l'attore, per modo che questi processualmente stia in luogo di convenuto: questa contro-azione, con termine tolto a prestito dal diritto Canonico si disse *reconventio;* donde la qualificazione del foro.

Oltre ai fori speciali, altri sotto gl'imperatori, cristiani specialmente, ne vennero ad esistenza conosciuti col nome di fori privilegiati, tanto rispetto a talune controversie, quanto rispetto a determinate classi di persone. Alla prima categoria appartengano, le cause fiscali portate innanzi al *Rationalis*, le cause ecclesiastiche portate innanzi al Vescovo ecc.; nella seconda si racchiudono per la maggior parte le diverse classi dei magistrati che ordinariamente hanno il loro superiore per giudice, i senatori che sono soggetti alla competenza del governatore della provincia o al prefetto della città, gl'*Illustres*, che nelle cause criminali devono essere giudicati dall'imperatore, il clero regolare e irregolare, che è sotto l'immediata giurisdizione del suo capo.

(1) L. unic C. Th. de dominio rei quae poscitur vel consortibus ecc. II. 5. L. 1 C. de Consortib. ejusdem litis. III. 40.

(2) L. 4 § 4. D. de fin regund. X. 1. L. 1 C. de off. rect. prov. I. 40. L. 3 C. de ord. jud. III. 8.

(3) L. 15 § 4 D. de re jud. XLII, 1.

(4) L. 13 § 9 C. de jud. III. 1.

Se al Magistrato era lecito talvolta il sottrarsi alla cognizione di una lite, non così era lecito ad una delle parti, dissenziente l'altra, di rifiutare il suo giudico naturale e provocare o esser provocata innanzi ad un'altro. Fu a tempo degl'imperatori cristiani, che si concesse di potere evitare il proprio giudice, e chiedere di essere la causa presentata a un altro Magistrato. Ciò avea ordinariamente luogo con un rescritto imperiale che, o nominava un *extraordinarius judex*, o rimetteva le parti del tribunale civile al militare, o richiamava *ad principis comitatum* la controversia (1). Il motivo di questa concessione dipendeva tutto dalla volontà del principe; ordinariamente era l'influenza di un potente avversario, o il fondato timore che per l'amicizia del giudice non si avrebbe potuto ottenere giustizia, quel che spingeva l'imperatore ad accogliere il rifiuto del proprio magistrato (2), quantunque Valentiniano non mai cedette a quest' ultima ragione, per se stessa validissima (3). L' imperatore Zenone sembra abbia specificato i motivi di ricusa *ex justa causa ante litis contestationem* (4), e Giustiniano riconobbe che *apertissimi iuris est, licere litigatoribus iudices antequam lis inchoetur recusare* (5).

La ricusa era redatta in iscritto, presentata al giudice stesso ricusato, o, se assente, insinuavasi *ad acta*. Infra tre giorni della ricusazione dovevano le parti scegliere o ricevere dal *Praefectus praetorii* uno o più arbitri e innanzi a loro esporre i propri diritti (6).

CAPO VI.

Specie di giudizi

La distinzione del potere civile dal potere militare avuta luogo a Roma col cangiamento delle sue primitive e regie costituzioni,

(1) L. 1 C. Th. de dilat. II. 7. L. 2 Cod. de dilat. III. 11. L. 9. C. Th. de jurisd. II. 1. L. 5 § 1 C. de jurisd. III. 13. L. 2 C. Th. de off. omn. jud. I. 10.

(2) L. 2. C. Th. de off. omn. jud. cit. Nov. Mart. I.

(3) Amm. Marcell. XXVII. 7.

(4) L. 13 C. de jud. III. 1.

(5) L. 16 C. de jud. cit.

(6) LL. 16, 18 C. de jud. cit.

quell'altra portò dei giudizi, in *judicia legitima* e *iudicia quae imperio continentur*. Noi non possiamo determinare il tempo, in cui questi due ordini di giudizi, fattici conoscere per la prima volta che da Gajo fossero stati introdotti; certo è però la loro origine antichissima, anteriore al sistema delle formole, dimanante dall'impero del magistrato, colla differenza, che nei primi questo impero è limitato dalla legge, nei secondi è libero di ogni freno; in quelli domina la legge con tutte le garentigie della costituzione e delle formalità processuali, in questi la scure con tutta la pienezza del poter militare come a tempo dei Re (1).

I particolari lasciatici sul riguardo da Gajo sono i seguenti (2):

I giudizi legitimi s'instituivano in Roma e dentro un raggio di un miglio dalla città, limite del potere civile regolato dalla costituzione e dalla legge, e principio del potere militare abbandonato tutto alla discrezione del magistrato; erano ordinati tra semplici cittadini romani e con un giudice cittadino; verosimilmente perpetui in origine (3), vennero da una legge *Iulia judiciorum privatorum* limitati a un anno e mezzo nella loro durata, onde il detto: *e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.*

Erano *imperio continentia*, tutti gli altri giudizi fuori del raggio miliare sia tra romani, sia tra peregrini entro questo raggio, sia quando una delle parti o il giudice stati fossero di condizione peregrina; e giacchè essi non si poggiavano sulla perpetuità della legge e della costituzione limitatrice del potere civile, ma solo nella potestà illimitata del magistrato, così si estinguevano colla giurisdizione annuale di costui.

Un giudizio esser poteva *ex lege* e non *legitimum*, all'opposto, *ex lege non esse et legitimum esse*, così p. e. se in Roma con un giudizio recuperatorio, o nelle provincie, s'intentava l'azione *ex lege Aquilia, vel Publilia, vel Furia*, quantunque l'azione fosse dimanata dalla legge il giudizio era *imperio continens*; all'incontro se in Roma *sub uno judice et inter cives romanos judicium accipitur* per un'azione discendente dall'Editto pretorio senza fondamento veruno nella legge il giudizio, avvegnacchè non *ex lege*,

(1) Mommsen. Röm. gesch. I. pag. 263, quinta edizione.

(2) A evitare inutili ripetizioni, vedi le istituzioni di Gajo IV. 103-109.

(3) Quod est hoc judicium in quo jam biennio versamur? Cic. pro Quint. 13.

era legitimo. Con ciò falsa si dimostra l'opinione che ritiene, la distinzione di questi due giudizi avere avuto il suo fondamento in quella delle azioni in civili e pretorie.

Rispetto alla pratica importanza, solo nel *judicium legitimum* concedevasi l'*adjudicatio* garentita dalla difesa dello Stato e della legge (1); solo nel *judicium legitimum* con una formula concepita nella sua *intentio*, *ex iure civili*, in rapporto alle azioni personali, la consunzione dell'*actio* effettuavasi *ipso jure;* in tutti gli altri giudizi *imperio continentia*, di qualsiasi natura fosse stata l'azione faceva d'uopo, a evitare un secondo processo, di quel mezzo artificiale concesso *auxilio praetoris* inteso sotto l'espressione di *exceptio rei in judicium deductae* e di *exceptio rei judicatae* (2).

Col concedersi della cittadinanza alle città municipali dell'Italia e quindi alle provincie, colle riforme introdotte dagl'imperatori nell'ordinamento giudiziario, e specialmente colla preponderanza presa dai giudizi straordinarî sotto l'impero, l'antitesi tra questi due giudizi perdette a poco a poco ogni valore, e più che da una legge espressa furono essi aboliti per desuetudine.

Una seconda ed importantissima distinzione dei giudizi è quella di giudizi *ordinarii* e *straordinarii*. Essa si può riferire al diritto e alle leggi del procedimento. Nel primo caso straordinario è il giudizio allorquando si fonda non sull'antico diritto repubblicano costituito dalle leggi, dagli editti, dalle formule, dagl'interdetti; bensì sul nuovo diritto emanato dagl'imperatori e del loro consiglio di Giustizia e che forma il complesso dei diritti degli alimenti, dei fidecommessi, del peculio castrense, delle donazioni, del diritto militare e fiscale, finanziario municipale; detti straordinarî perchè stabiliti *extra ordinem* del diritto civile e pretorio, quantunque secondo il loro modello (3).

(1) Frag. vat. 47. La forza probativa di questo frammento è niegata da Walter § 724, riconosciuta per l'opposto da Keller. röm. Civilp: § 45 n. 521, e da Rudorff. II, § 3. n. 6.

(2) Gaj III. 180, 181, IV. 106, 107, 121, 123.

(3) Il merito di questa distinzione è dovuto al professore Rudorff. I § 5 II. § 2, vedi L. 2 pr. D. ex quib. caus. IV, 6. L. 10. D. de verb. sig. L. 16. L. 7 D. de leg. Cor. de fals XLVIII, 18. In altri casi l'*extra ordinem* o il *jus extraordinarium* indica l'antitesi del *beneficium legis* col *ius commune*. L. 16 D. de minor. IV. 4; dell'*actio utilis* o in *factum* coll'*actio directa*

Sicchè i giudizi straordinari rappresentano, sotto questo punto di vista storico, la giurisdizione imperiale *extra ordinem*, sia essa esercitata dal principe stesso, sia dai suoi delegati permanenti o da transitorie commissioni, sia che prendano essi stessi cognizione della lite sia che la deleghino, secondo le consuetudini repubblicane, a un giudice privato (*iudicis datio*) (1). Nel secondo caso straordinario è il giudizio in antitesi all'ordinario, allorchè *extra ordinem* del tempo e dell'essenziale distinzione della processura in *ius* e *in judicium* le cause si decidono dal magistrato.

I tribunali in Roma e nelle provincie non erano in attività permanente come oggidì osserviamo nelle nostre civili istituzioni; essi aprivansi periodicamente nell'anno, e il tempo in che funzionavano appellavasi *actus rerum* (2) e *forum* o *conventus* nelle provincie (3). Le controversie, che non potevano in questo periodo essere disbrigate, attendere dovevano il nuovo *actus rerum* o *conventus* (4). Le cause che si accumulavano da un periodo all'altro eran capaci di una decisione, quando fossero state trenta giorni prima dell' apertura del nuovo *actus rerum* denunziate al magistrato, il quale tirava a sorte tanto il numero de' giudici quanto le cause che loro esser dovevano distribuite (5).

Per l'affluenza delle liti in Roma, fu ancho tenuto conto della priorità del tempo che le cause erano denunziate, per modo che all'incostanza della sorte sostituivasi l'appello ordinale delle singole controversie (6). Questa periodica apertura dell' anno delle liti connettevasi al fondamento processuale della distinzione del

L. 17 D. de reb. cred. XII, 1. L. 14 C. de fideius. V. 45; dei mezzi straordinari prestati dall'imperatore pei singoli casi coi mezzi ordinarii, L. 1 C. vectig. nova. aest. IV. 62. L. 2 C. de instit. et subst. VI. 25. L. 4 C. de aed. priv. VIII. 10.

(1) A consulibus extra ordinem iudex datus. Gell. XII. 13. Vedi Rudorff II. § 2. n. 26.

(2) Gai II, 279 Sveton. Aug. 32. Claud. 15. 23. Nero 17. Plin. Epist. IX 25, Quint. X, 1, 31.

(3) Cic. Verr. 11. 5. 11. V. 11. 28. Fest. V. Conventus.

(4) Expectandus est qui lites inchoet annus totius populi. Inv. XVI. 42.

(5) Cic. Verr. II 2. 15. 37. Plin. Epist. X. 66. Mommsen I. N. 4336. Orel. N. 6470.

(6) In ordinem dicebantur causae propter multitudinem vel tumultum festinantium cum erat annus litium. Serv. ad Aen. X. 102.

ius e del *judicium*. I giudizî che si compivano conformemente a questi rapporti di tempo e ordine processuale eran detti *iudicia ordinaria*; il rimando delle cause ad essi, esprimevasi col *ad ius ordinarium remittere seu reicere*, mancando questi rapporti aveasi la *straordinaria cognitio*, o il *iudicium extraordinarium*. Così giudizi straordinari sono tutti quelli che dal cominciamento dell'impero in poi, per le riforme arrecate dagl'imperatori al tempo per le decisioni delle liti, si compievano da giudici permanenti oltre l'*annus litium*, sia con formola o senza, sia in conformità dell'antico diritto repubblicano o secondo il nuovo da loro stabilito; alla cognizione straordinaria appartengono gl'interdetti, le stipulazioni, le *missiones*, le *in integrum restitutiones*.

CAPO VII.

Luogo e tempo del Tribunale.

§ 1.

LUOGO DEL TRIBUNALE.

Il luogo e il tempo in che bisogna amministrare la giustizia formano una parte integrante della costituzione civile giudiziaria. Assai molesto, e talvolta ai diritti pregiudiziale, sarebbe se non fosse determinato il punto dello spazio e del tempo che possono farsi valere, e questo più che altrove sarebbe incontrato a Roma, dove l'efficacia dei diritti era necessariamente legata alle forme, e dove era compito delle parti l'andarsi a cercare il giudice da loro designato.

Egli è vero, per l'autorità delle fonti l'esercizio della *jurisdictio* è rappresentato come indipendente delle condizioni di luogo (1); questo principio non è però da intendersi nell'assolutezza del suo significato, ma soltanto ristretto agli atti della volontaria giurisdizione, e a quegli altri che, o per necessità delle forme processuali o per circostanze straordinarie, non potevano effettuarsi nel luogo determinato dalla legge (2).

(1) Ubicumque Praetor salva maiestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere costituit, is locus recte *ius* appellatur. L. 11 D. de iust. et iur. I, 1.

(2) Per la giurisdizione volontaria Gai I 20, L. 36 pr. § 1 D. de adop. I 7. L. 2 D. de offic. Procons. I, 16. L. 7, 17 pr. D. de manum. vindic. XL, 2. Per necessità di procedimento nelle cause di vindicazione il Pretore

Sedeva il luogo addetto all'amministrazione della giustizia tra il monte Palatino e il Campidoglio. In quella pianura destinata alle grandi assemblee popolari deliberavansi i pubblici e i privati interessi: ivi era la casa del Re e della Comune, ivi il supremo magistrato, con a fianco i suoi littori, dinnanzi i contendenti, sopra un palco (*tribunal*), seduto nella sedia curule e a libero cielo pronunziava il suo comando (*jus*).

Questo luogo fu appellato *comitium* (1), una parte cioè del *Forum*, e si disse anche *jus* (2) per esprimere l'efficacia della legge che ivi spiegavasi. La pubblicità del tribunale porgeva ai cittadini il destro di pigliar parte attiva all'amministrazione della giustizia. Pubblico era il dibattimento, pubblica la sentenza profferita dal Re, poscia dal Console e dal Pretore, dai giudici permanenti e dai privati cittadini scelti dalle parti. Fino agli ultimi tempi della Repubblica, un solo fu il luogo destinato agli affari giudiziarî: il numero straordinario della popolazione e dei processi, due altri fori fece aggiungervi da Cesare e dall'Imperatore Augusto (3); onde il motto proverbiale dei *trina fora*, cioè il *forum romanum*, *Caesaris* e *Augusti* (4). Quella ruvida e forte tempra romana non sentì per lungo tempo il bisogno di mettersi al riparo del freddo e delle intemperie. La giustizia resa sotto il libero cielo, sotto l'immensità del firmamento era l'espressione di quel vasto senso di libertà che trova nel lontano orizzonte il suo

spiegava tutta la sua giurisdizione sul luogo medesimo dove trovavasi l'oggetto e che è chiamato *in iure*. Gell. XX, 10. Per circostanze straordinarie i Pretori eriggevano il tribunale in un punto qualsiasi della città Liv. XXIII, 32; il Console rendeva giustizia in campo: Scipio = « ius in castris sedens dicebat. Gell. VI, 1.» Che il luogo della giustizia era determinato dalla legge e quindi obbligatorio per il magistrato ce lo dicono le XII Tavole: *in comitio aut in foro — caussam coiciunto* tav. I onde Gellio: ad Praetorem in *comitium* producebantur. XX 1.

(1) Plaut. Poen. III. 6, 12; rem ubi paciscuntur, in comitio — culcito. Rhet. ad Her. II 13. 20, Gell. XX, 1.

(2) Si in jus vocat, ito. Lex. XII Tab. I, 1.

(3) Fori extruendi causa fuit hominum et judiciorum multitudo quae videbatur non sufficientibus duobus, etiam tertio indigere, cautumque ut separatim in eo publica judicia et sortitiones judicum fierent. Sveton. August. 29; Caes. 26. Senec. de ira II, 9. Martial. III, 38, 4, VII, 65, 2. Ovid. trist. III, 12, 24, Stat. Silv. IV, 1, IX, 15.

(4) Circumscriptiones, furta, fraudes quibus trina non sufficiunt fora. Senec. cit.

limite. Non era la giustizia del selvaggio amministrata sotto i robusti rami di una quercia; quella sibbene di un popolo grande e conquistatore, che fiero della sua libertà, avrebbe temuto di soffocarla col chiudere la parola del magistrato entro il recinto di una sala.

La mollezza dei costumi, il lusso nelle esigonze della vita fecero ai romani sentire che troppo incomodo era il continuare a render giustizia a cielo aperto; si ebbe ricorso quindi alle Basiliche, portici destinati così per i tribunali come per gli affari commerciali o per speciali riunioni (1). Celebre fra tutte fu la Basilica Giulia (2) per essere stata la sede dei tribunali dei centuviri. Il principio della pubblicità conservossi intatto; la disposizione e l'ordine era il seguente per nulla variato dell'antico. Il giudicante, sedeva sopra un palco elevato ordinariamente a forma di emiciclo (3) tanto spazioso da poter accogliere il *consilium* o gli assistenti del giudice (4), gli scrivani (5) e il collegio dei centumviri (6). Solo il magistrato sedeva sulla *sella curulis*, gli altri sedevano pro *tribunali*, *in subselliis* (7). I con-

(1) La prima di queste basiliche fu la Porcia innalzata allato alla casa della Comune nell'anno 570 da Catone, accanto a questa a poco a poco se ne edificarono delle altre, per modo che tutto intorno al mercato, le botteghe private furono rimpiazzate da questi magnifici portici costruiti a simiglianza di quelli di Atene. Le Basiliche erano una specie di bazar, onde Vitruvio: uti qui ad magistratus starent, negotiatores in Basilica ne impedirent. V 1, § 8.

(2) Questa Basilica era divisa in più portici verosimilmente per mezzo di veli formando così i diversi tribunali dei Centunviri: lu Basilica Julia primo tribunale ex quatuor tribunalibus. Quinct. XII 5, 6. Plin. Epist. II, 14, 4, 8, IV, 16, 1, V 21, 1. Non sappiamo bastantemente biasimare il senatore Rosa, Direttore degli scavi di antichità a Roma, per il vandalismo col quale ha creduto di migliorare le rovine di questa maestosa Basilica. Le rovine dell'antichità non si ristaurano, si conservano per lasciare libero all'archeologo il campo alle congetture; ma il senator Rosa si è creduto in diritto d'imporre la sua opinione, di ristaurare alcuni archi di questa Basilica colla forma dell'antico, di rinnovare le basi dei colonnati. Vorrà forse col tempo fabbricarvi su un tribunale alla moderna e regalarcelo per antico?

(3) Tribunal est in ea aede hemicicli schematis minore curvatura formatum. Vitruv. V, § 8.

(4) Cic. de orat. I, 37. Svet. Tib. 33.

(5) Cic. Brut. 84.

(6) Quinct. XII 5, 6. Plin. Epist. II, 14, VI, 33.

(7) Orat. Epist. 1, 6, 53. Liv. IX, 46. Gell. VI, 9, Tac. 1, 75, XV, 29 Maut. XI, 98. Redev. Röm. alteolh: II, 2.

tendenti coi loro assistenti erano di fronte immediatamente seduti *in subselliis*, banchi affittati, dati talvolta gratuitamente dall'erario (1); l'oratore facendo la sua aringa si teneva in piedi; in ultimo venivano gli uditori.

Uguale istituzione del foro, del tribunale, della *sella curulis* e delle basiliche, dello stesso modo che in Roma, trovavasi nelle città municipali dell'Italia e nelle provincie (2).

Non tutti gli atti della giurisdizione contenziosa, sono adesso indispensabilmente legati al luogo del tribunale, in parecchi può il magistrato ancora *de plano* dare i suoi provvedimenti: onde si distinguono tra atti che richiedono una reale *causae cognitio* e un *decretum* e che per necessità dipendono dalla condizione dello spazio, e tra quelli che consistono in semplici e transitori provvedimenti come *interlocutiones*, *subscriptiones* e che sono sciolti da ogni formalità di luogo. È nei primi che il magistrato è tenuto di pronunziare in solenne seduta (3); tutti gli altri esser possono compiuti in *transitu*, *a procedente judice* (4) o con una seduta non solenne, *sessio de plano* (5), sempre però pubblicamente (6), per il principio prevalente della pubblicità dei giudizi.

Furono gl'imperatori, i quali col pigliar parte all'amministrazione della giustizia, la ridussero nelle sale dei loro palazzi *(auditorium principis)* e conseguentemente in quelle del Prefetto del Pretorio (*auditorium Praefectus pretorio)* (7), aprendo così il campo

(1) Cautum — litigatores — mercedem pro subselliis nullam omnino, darent, praebente aerario gratuita. Svet. Nero 17.

(2) Paul IV, 6, 2. Orell. inscr. II, 3219. Svet. de Rhet. 6. Cic. Verr. II 35. Mommsen, Inscrip. Neap. 2095. Così in Pompei si osserva il magnifico foro nel quale sbocca la Basilica: è questa in forma di emiciclo con in fondo il tribunale sul quale sedeva il magistrato e sotto il quale trovavasi la prigione. A diritta della Basilica e più antiche della stessa stanno tre sale di Tribunale forse addette al *iudicium*.

(3) L. 3, § 8. D. de bon. poss. XXVII, 1, L. 2, § 1. D. quis ordo XXXVIII, 15. L. 71 D. de Reg. Iur. L. 17.

(4) L. 1, § 1 D. de consult. princ. I, 4, L. 9, § 1, de offic. Procons. 1, 16. Frag. vat. 163, 167. Gai. I, 20. L. 4, C. de dilat. III, 11. Cic. ad fam. III, 8. Svet. Tib. 33.

(5) Frag. Vat. 156, 161, 163, 165.

(6) L. 1, § 7 — 9 D. quando appell. XLIX, 4.

(7) Ipse jus dixit assidue et in noctem nonnunquam: si parem corpore valeret, lectica pro tribunali collocata vel etiam domi cubans. Svelon. Aug. 33. L. 40 D. de reb. cred. XII, 1.

alla procedura segreta che doveva per logica necessità condurre ai misteri dell'inquisizione.

Fino al terzo secolo dell'impero nondimeno il principio della pubblicità stiede in vigore. A poco a poco però si vede divenir sempre più ristretto, tanto per il luogo della giustizia, quanto per le persone che poteano prendervi parte come uditori. Sotto Diocleziano il tribunale consiste in sale chiuse, *secretarium* (1); da Costantino si dispone, che solo i processi di grave rilievo sì civili come penali si trattassero sul tribunale (2) e non nel *secretarium;* Valentiniano e Valente ne lasciarono libera la scelta al magistrato, a condizione che le porte del *secretarium* in questo caso si lasciassero aperte, e libero ad ognuno l'adito. Nel quinto secolo il *secretarium* diviene il luogo ordinario della giustizia; il popolo vi si esclude per mezzo di *cancelli* e di *vela* (3) che solo eccezionalmente vengono levati, per fargli prender parte al dibattimento; ma gli *honorati* han diritto di penetrare nelle sale del tribunale, in cui trovansi le parti contendenti e il magistrato, e di sedere allato a costui.

L'impero della libertà e dell'indipendenza umana, volle la sacra parola della giustizia profferita a libero cielo, l'impero del cupo dispotismo non potea far a meno di rinchiuderla nelle secrete e nelle tenebri del mistero.

§ 2.

TEMPO DEL TRIBUNALE

Al presente paragrafo si rannoda la dottrina del Calendario romano. Il pretender da noi un compiuto ed esteso svolgimento di questo punto sul campo dell'archeologia tanto dibattuto, e sul quale le ipotesi più ardite si sono avanzate dai moderni scrittori di antichità romane; il pretendere che perdessimo di vista il nostro obbietto per diffonderci a esaminare le diverse ipotesi, non verrà certo in mente del nostro lettore, nè noi ce ne sentiremmo

(1) Lactant. de mort. person. 15.

(2) L. 1 C. Th. de off. procons. I, 16.

(3) Lyd. de Magist. III, 37. Amian. Marcell. XXX, 4, L. 6, C. Th. de nauf. XIII, 9. L. 5 C. Just. eod. tit. XI, 5.

le forze guardando al cammino che ci rimane pazientemente a percorrere.

Nondimeno non lasceremo di esporre i tratti generali dell'argomento facendo tesoro dell'erudizione e delle ricerche istituite dagli scrittori più rinomati (1). A proceder con ordine storicamente esporremo dell'anno e del mese romano, con più larghezza tratteremo le diverse classificazioni dei giorni siccome quelli che hanno un influsso diretto sull'*actus rerum*, ed anche delle ore sarà d'uopo dire qualche parola per conoscere in quale parte del giorno doveasi amministrare la giustizia.

I fenomeni naturali, il giorno e la notte, il ciclo della luna, il cangiamento delle stagioni, il rapporto di questi fenomeni col moto apparente del sole, il loro periodico e infallibile riprodursi; dovettero essere la prima base pei popoli rozzi e primitivi, alla misura e alla valutazione del tempo. Tutte le ipotesi di una computazione più o meno artificiale che parte da deduzioni e da presupposti con fondamento quasi scientifico e astronomico, che si discostano da questo primo intuito dell'uomo barbaro, mancano per necessità di verosomiglianza. Quel che colpisce maggiormente i sensi e che cade sotto la frequente osservazione sono appunto le fasi della luna: il crescere e il decrescere della stessa, il momento della sua pienezza non poteano non portare alla semplicissima deduzione di togliere le diverse fasi come momenti di partenza, con queste contare il periodo dei giorni e ritornato al punto di partenza trovarsi con un numero fisso e determinato di giorni in rapporto al ciclo lunare, e che fu il primo mese naturale. Con questo mese facile era il proseguire a misurare il tempo nei diversi cangiamenti delle stagioni, quanti cicli lunari corrono p. e. dal tempo di una messe, di una vendemmia, di una semina all'altra? Non era difficile il contarli, come difficile non era l'os-

(1) Non posso dissimulare al mio lettore di essermi questo paragrafo costato non poca fatica tanto per rispetto all'ordine onde alla meglio mettere sotto il guardo dei giovani un quadro chiaro e scolpito di questa ingratissima materia, quanto per le opere che mi è toccato di studiare, e che sono: Ideler Handbuch der Chronologie II, 1 — 174 Mommsen. Die röm: Chronologie. Idem, Corpus inscriptionum latinarum vol. I, pag. 291 — 412. Walter I, cap. 19. Keller § 3, Rudorff II, § 15. Bethmann-Hollweg I, § 28, II, § 80, III, § 147.

servare quei bruschi passaggi da un caldo a un freddo assai sensibili, a due altri intramezzi di una stagione mite e temperata. Quante lune corrono dall'una all'altra di queste stagioni? Questi dovettero essere i primi e spontanei quesiti; la semplicissima risposta ai quali dovette ai primi popoli dare l'unità del tempo chiamata *anno*, divisa per tante piccole altre unità, intitolate *mesi* e che divengono, stabilita la prima, tante parti della medesima.

Non furono certamente i romani i primi inventori della computazione dei giorni, dei mesi e dell' anno, o i creatori del calendario. Presso i popoli latini già conoscevasi il mese lunare in un determinato giorno del quale, e che era il nono, dal Re annunziavansi al popolo raccolto i giorni delle feste e provvedevasi ai bisogni del mercato (1). Il che probabilmente succedeva dietro essere stato dal pontefice avvisato della comparsa del primo quarto della luna, o della luna piena, o dell'ultimo quarto. Dall' essere questo giorno sempre coinciso ora nell'ottavo, ora nel nono della computazione, ne vennero le così dette *nundinae*, e la settimana di nove giorni, *nundinum*.

Alla fondazione di Roma dunque l'anno contavasi per mesi e per giorni, e i fondatori ritennero questo sistema. Il così detto anno romuleo risultava di dieci mesi, cioè di 304 giorni, ossia di 38 settimane ognuna di 8 giorni: il primo, il terzo, il quinto e l'ottavo mese contavano ognuno 31 giorno, gli altri 30. Quantunque l'esistenza di quest'anno sia constatata da antichi scrittori e dell' applicazione che facevasene, pure è stata oggidì messa in dubbio e forse con ragione, per la mancanza di qualsiasi rapporto colla computazione del tempo in rispetto alle fasi della luna e al moto apparente del sole, che pur furono le prime guide nel dividere il tempo.

È a Numa che si attribuiscono l'anno solare-lunare di 355 giorni e di dodici mesi (2), e la creazione delle *Kalendae*, *nonae* e *idus* dall'osservare le fasi della luna in luna nuova, primo quarto, e

(1) « Apud tuscos nonae plures habebantur, quod hi nono quoque die regem suum salutabant et de propriis rebus consulebant. » Macrob. sat. I. 15, 13. « Martius ab latinorum (Marte appellandi itaque apud albanos et plerosque populos lat(ii m)os idem fuit ante conditam Romam. Fasti Praenest. Mart. Mommsen Corp. Inscrip, lat. I. p. 314. »

(2) Liv. I. 19, Macrob. I. 13.

luna piena. I due nuovi mesi furono appellati Gennaro e Febbraio (1). Nel rapporto delle settimane all'unità del mese misurato dalle diverse fasi della luna, era ben naturale che siccome alla luna nuova, al primo quarto, e alla luna piena si erano adattate le calende, le none e gli idi; un'altra divisione di settimana si avesse fatta corrispondere all'ultimo quarto della luna, e questa divisione va espressa col nome di *nundinae*, cioè i primi nove giorni dalle prossime calende, o il primo giorno dell'ultima settimana del mese (2); quantunque non siane rimasta memoria nei calendari dei tempi di Augusto. Nel primo giorno di ogni mese, un pontefice per ordine del *rex sacrificulus* annunziava al popolo raunato sul Campidoglio se fino alle *nonae* erano da contarsi cinque o sei giorni; questo giorno fu chiamato *Kalendae*.

Affidato il Calendario alla custodia dei pontefici i soli che possedessero la scienza e il segreto dei giorni festivi, dei giorni di mercato e dei giorni nei quali era lecito amministrare la giustizia; tanta confusione arrecarono, sia per privato interesse sia per ignoranza, nella computazione degli anni e nell'intercalazione dei giorni, che sentissi il bisogno, compilandosi le leggi delle XII Tavole, di dedicare una tavola apposita al riordinamento delle intercalazioni e allo stabilimento dei giorni giudiziari (3); togliendo così dalle mani pontificali insieme alle leggi, il secreto dei giorni nei quali esse leggi avessero potuto farsi valere.

Che questa tavola fosse stata insieme alle altre pubblicata nel foro non costa dalle testimonianze dell' antichità, anzi queste ci convincono del contrario (4). Assai probabile è quindi che nell' incendio gallico essa non fosse andata in fiamme, e che quando da Cn. Flavio si ordinò di essere esposto il calendario nel pubblico mercato fosse, come autentico originale, rimasta nel potere sacerdotale dalla quale trascrivevasi il calendario pubblico.

(1) Varro de lingua lat. VI, 13. Fest. V. Febbruarius. Serv. ad Georg. I. 43. Plutarch. Rom. 18, 19.

(2) Questa scoverta fatta dal Mommsen Chronologie, pag. 240-255. Inscript. lat. p. 372, è ammessa dall'Hollweg I. § 28, n. 8, è riconosciuta erronea dal Walter. I. Cap. 19, n. 35.

(3) Tuditanus refert, libro tertio magistratum, decemviros qui decem tabulis duos addiderunt de *intercalando populum* rogasse. Cassius eosdem scribit auctores. Macrob. Sat. 1, 13, 21.

(4) Occultatam putant quodam tempore istam tabulam ut dies agendi peterentur a paucis. Cic. ad Att. VI.

Quali siano stati i cangiamenti arrecati nel Calendario dal tempo della sua pubblicazione fino alla riforma di Cesare, noi nol sappiamo; coll'aiuto degli studi archeologici si è tentato oggidì di restituire l'antico calendario, di tener dietro ai singoli cangiamenti. Però non sappiamo giurare sopra sicuri risultati, e la questione rimane sempre nel campo della probabilità e dello ipotesi (2). Non così del Calendario Giuliano pubblicato nel 709 di cui esistono copie incise in diverse tavole, i frammenti dei quali l'odierna archeologia ha mirabilmente ricostituiti (3). Giulio Cesare riformò il Calendario secondo l'anno solare egiziaco di 365 giorni coll'intercalazione di un giorno in ogni quattro anni.

I dieci nuovi giorni da lui accresciuti al Calendario furono così distribuiti: Gennajo, Sestile e Decembre due giorni per ognuno; Aprile, Giugno, Settembre e Novembre un giorno per ciascheduno; il giorno intercalare lo rimandò al mese di Febbraio. E laddove in tutti gli altri, l'aggiunta fu fatta alla fine di ognuno acciò gli intervalli delle feste di ogni mese rimanessero immutati; in Febbraio l'aggiunta ebbe luogo tra il 24 e il 26 formando di due un sol giorno. Il principio dell'anno si fece dal Gennaro, perchè da questo mese i Consoli fin dal 601 prendevano possesso della dignità consolare (4), quantunque entrati fossero nell'esercizio dell'imperio, secondo l'opinione di Mommsen, nel Marzo.

(1) Lo Schoell nel suo libro: *legis duodecim Tabularum reliquiae*, ci ha dato la restituzione di questa Tavola; il professore Bruns, per l'opposto, nella sua seconda edizione delle *fontes juris romani antiqui* ha riputato, meglio darci la Tavola dei fasti giuliani, seguendo il concetto del Mommsen, cioè che con un camino regressivo da questa tavola sia facile il conoscere quale fosse stata quella dell'antiche leggi. Noi la trascriviamo più completa in nota compiuta la presente esposizione, perchè il nostro lettore possa aver sott'occhio il sistema del calendario, e più chiara restargli in mente la complicatissima storia dei giorni nell'anno romano.

(2) Mommsen. Chronologie, pag. 75-105.

(3) Non riuscirà sgradito un breve cenno su i diversi fasti ritrovati sia in Roma sia nel resto dell'Italia asportatevi però da Roma. Queste notizie le caviamo dal Corpus inscriptionum latinarum del vol. I del professor Mommsen (pag. 294, 295). I primi fasti sono i *Pinciani* incisi tra il 723|4 e il 725 dei quali rimangono piccoli frammenti del Giugno 22-31, dell'Agosto 21-31, del Settembre 22-29, dell'Ottobre 25-31. Quindi sieguono nel seguente ordine: Il calendario *Allifano* inciso innanzi il 725,

Per quel che concerne direttamente il nostro argomento interessante è il conoscere la classazione dei giorni nel romano calendario e in quali fosse stato concesso l'esercizio della giurisdizione. Innanzi tutto bisogna distinguere le lettere nundinali, ebdomadarie e lunari che precedono i diversi giorni, che ricorrono sempre ripetendosi e decorrono per l'anno intiero. Le lettere nundinali si rinvengono in tutti i frammenti delle tavole fin oggi ritrovate e sono ABCDEFGH. Le ebdomadarie ci si prestano dalle tavole sabine, e dal calendario Filocaliano della metà del quarto secolo e sono ABCDEFG. Le lettere Lunari ABCDEFGHIK si trovano nel solo calendario Filocaliano, e si ripetono inclusivamente

pochissimi frammenti di Luglio e di Agosto. Il *Tuscolano* innanzi il 734, ritrovato nel 1825, pochissimi frammenti di Aprile 12-15, di Maggio 10-17, di Giugno 8-15, di Luglio 11-17, di Agosto 12-14. Il *Venosino* nel 726, frammenti degl'intieri Maggio e Giugno. Il *Sabino* dopo l'anno 735, ritrovato in un luogo della Sabina nel 1791, frammenti di Settembre 7-25, Ottobre 10-27. Il *Maffeiano* inciso tra il 746 e 757 in tavola di bianchissimo marmo, larga 3 piedi, alta 2 1/3, conservatosi quasi per intiero, ritrovato nel 1547, e posseduto dal vescovo Girolamo Maffei. L'*Esquilino* pria del 757, in tavola di marmo i cui pochi frammenti contengono di Maggio 20-31, di Giugno 18-30. Il *Prenestino* tra il 752 e il 765, nel quale ogni mese ebbe la sua tavola di marmo l'una più o meno simile alle altre e insieme congiunte; le lettere sono in gran parte cancellate: frammenti di Gennaro 1-31, Febbrajo 5, Marzo 1-10, 19-31, Aprile 1-6, 9-30, Dicembre 8-17, 21-31. Il *Vallese* nel 767 ritrovato in tavola di marmo a Roma; frammenti degl'intieri, due mesi Agosto e Settembre. L'*Ostiense* nel 767, ritrovato nel 1860 a sinistra della via d'Ostia in Roma, frammenti di Ottobre 1-8, Novembre 1-6. Il *Vaticano* tra il 768 e il 787 trovati a Roma nel 1779 presso un lapidario; frammenti di Marzo 10-24, di Aprile 8-19, Agosto 29-31. L'*Amiternino* dopo il 769, frammenti Maggio 22-26, 28, Giugno 18-27, Luglio 1-21, Agosto 1-19, Settembre 1-19, Ottobre 1-21, Novembre 1-21, Dicembre 1-20. Il *Pighiano* tra il 784 e il 790, pochissimi frammenti di Luglio 25-31, Agosto 22-31, Settembre 29-31. L'*Anziano* nell'804, trovato ad Anzio a ripa del mare nel 1712, frammenti di Luglio 1-18, Agosto 1-20, Settembre 1-17, Ottobre 1-19, Novembre 1-18, Dicembre 1-16. I *due Romani* del tempio della Concordia e di via Graziosa, il *Farnesiano* e l'*Urbinate* mancano di data certa possono però mettersi tra il 725 e l'804, qual tempo intercede tra il Dittatore Cesare e l'Imperatore Claudio. Di questi il Farnesiano offre i frammenti di Febbrajo 13-21 e Marzo 15-23, il romano della casa della Concordia i frammenti di Gennajo 2-8: l'altro contiene pochissimi numeri.

con poca varietà a ogni tre giorni. Dei giorni altri hanno un nome proprio, *dierum vocabula civilia* (1), altri si appellano da questi col numero aggiunto (2).

La distinzione essenziale dei giorni è quella fatta in *dies fasti, nefasti, intercisi, comitiales;* le note caratteristiche dei quali sono F. N. NP. EN. C. che nelle diverse tavole rinvengonsi sempre dopo le lettere nundinali. Di queste note, F. N. En. C. sono antiche. La F aggiunta al primo dei giorni introdotti da Cesare è cesariana. Nelle nuove ferie aggiunte nell'epoca imperiale (3), la nota NP. si sostituì alle antiche, ad eccezione del 29 gennaro e 1 settembro che ritennero o la *N* o la F. Da ciò ne siegue che le note F. N. EN. C. le quali trovansi nel calendario, fuori delle cennate mutazioni, apparlengono all'ordine antico, non risultando essersi oltre a questi fatti ulteriori cangiamenti.

Dies Fasti presi nel largo loro signillcato, sono tanti i giorni dedicati esclusivamente all'amministrazione della giustizia quanto al maneggio dei pubblici affari nei comizi: in questo caso *tanto* i *dies* F[*asti*] propriamente detti quanto i C[*omitiales*] formano il contrapposto dei *dies* N[*efasti*] nei quali non era permesso nè l'una

(1) Varr. 6, 12.

(2) I giorni con un nome proprio negli antichi fasti sono 45, ai quali un'ultimo se ne aggiunse dopo Cesare e sono: Gennaro 9 Agonalia, 11, 15, (?) Carmentalia; Febbraio, 15 Lupercalia, 17 Quirinalia, 21 Feralia, 23 Terminalia, 24 Regifugium, 27 Equirria, Marzo, 14 Equirria (?) 17 Liberalia Agonalia, 19 Quinquatrus, 23 Tubilustrium; Aprile, 15 Fondicidia, 19 Cerialia, 21 Parilia, 23 Vinalia, 25 Robigalia; Maggio 9 Lemuria (?), 21 Agonalia, 23 Tubilustrium, Giugno, 9 Vestalia, 11 Matralia; Luglio (quinct.) 5 Poplifugium, 19 Lucaria, 21 Lucaria (?), 22 Neptunalia, 25 Furrinalia; Agosto, (sext.) 17 Portunalia, 19 Vinalia, 21 Consualia, 23 Volcanalia, 25 Opiconsiva, 27 Volturnalia; Ottobre, 11 Meditrinalia, 13 Fontinalia, 19 Armilustrum; Dicembre, 11 Agonalia, Incualia (?) 15 Consualia, 17 Saturnalia, 19 Opalia, 21 Divalia, 23 Lorentalia. Il giorno aggiunto è Ottobre, 12 Augustalium.

(3) Noi togliamo dal Corpus inscript. lat. Vol. 1, pag. 366, 367, 376, questi cenni. Le Ferie aggiunte sotto l'impero, e che hanno la caratteristica *NP.* ad eccezione del 29 Gennaio F, e del primo settembre F, sono: Gennaro 30; Febbrajo 5; Marzo 6, 10 (?) 27; Aprile 6, 28; Maggio 12, 26 (?) 28 (?); Giugno 26; Luglio 4, 12; Agosto 1, 2, (?) 5 (?) 6 (?) 9, 10, 28, 31.

ne l'altro (1). In senso stretto, *dies fasti* sono quelli che appartengono solo al tribunale, e in questo caso i *comitiales* e tutti gli altri nei quali l'attività della giustizia è impedita si appellano *nefasti*.

Dies fasti nel loro proprio significato son dunque quelli dedicati alla giustizia per modo che vietato è in essi di raunare i comizi. Nel contrapposto significato diconsi *nefasti* non però nel medesimo rigore; dapoichè, il Magistrato che in uno di questi giorni avesse amministrato la giustizia, non d'altro era responsabile che di un peccato commesso contro gli Dei e quindi bisognevole di una espiazione, ma l'atto da lui compiuto era valido (2).

Dies C[*omitiales*] sono quelli riservati alla raunanza dei Comizî, ma che sono aperti all'esercizio della Giurisdizione tuttevolte che le assemblee popolari non hanno luogo (3).

Alcuni altri giorni sono nefasti al mattino e al vespro, fasti nelle ore intramezze; da questo speciale interrompimento si dissero intercisi, En[*dotercisi*]. Pochissimi altri sono nefasti solo nel momento di certe cerimonie; onde nel calendario vengono indicati colla nota di F[*asti*] (4), preceduta dalle tre altre Q.

(1) Idem (Numa) nefastos dies fastosque fecit quia aliquando nihil cum populo agi utile futurum esset. Liv. I. 19. ut omnibus fastis diebus legem ferre liceret. Cic. pro Sext. Non omnibus fastis diebus legem ferre licere, de prov. cons. 9.

(2) Fasti dies appellantur quod iis licet fari apud praetorem, uti nefasti quibus certis verbis lege agi non potest. Fasti Praenest. 2 Ian. Dies fasti per quos praetoribus omnia verba = sine piaculo licet fari = contrarii horum vocantur dies nefasti per quos dies nefas fari praetorem: « do dico, addico. » Itaque non potest agi, necesse enim aliquo eorum uti verbo cum lege quid peragatur. Varr. VI, 20 30. ovid. fast. I, 47. Macrob. Satir. I, 16, 14. Festus. V. Fasti. Nefasti. Religiosis.

(3) Comitiales dies appellantur cum populus coire, convocare, cogere potest ne lege agi item licet... quem lege... agi non... Fasti Praen. Ian 3. Comitiales sunt quibus cum populo agi licet et fastis quidem lege agi potest, cum populo non potest, comitialibus utrumque potest. Macrob. Sat. I, 16, 14. Varr. VI, 29, Ovid. Fast. I. 53

(4) EN. Haec nota significat diem intercisum, nam *endo* olim pro *in* ponebatur (Die interciso nefas est mane ante)quam hostia immol(etur et post exta porrecta rursus) nefas fit. itaque sa(epe responsum est medio tempore) licere agi. Fasti Praenest. Ian. 10. Intercisi dies sunt, per quos mane et vespere est nefas, medio tempore inter hostiam caesam et

R. C. (*quando rex comitiavit*) e Q ST. D. (*quando stercus delatum*) (1).

I giorni nefasti distinguonsi in *nefasti hilares*, la caratteristica dei quali si è *NP*. e *nefasti tristes* colla comune caratteristica dell'*N*. Questa distinzione non ha rapporto veruno coll'amministrazione della giustizia, tanto negli uni che negli altri vietato è l'esercizio della giurisdizione; onde in errore cadono quanti nella nota NP. vogliono trovare i *dies nefasti principio*, o *priores*, o *posteriores*, o *parte*, o *mane nefasti* (2).

Un'altra divisione è quella di *dies festi* e *profesti*; quest'ultimi abbracciano i *dies fasti* e i *comitiales*, quelli, i *dies religiosi* e gli altri addetti ai *sacrificia*, *epulae*, *ludi*, *feriae* (3).

exta porrecta fas; a quo, quod fas tum intercedit aut eos est intercisum, nefas, intercisum.... Dies quando rex comitiavit fas dictus ab eo quod eo die rex sacrificiolus it ad comitium, ad quod tempus est nefas, ab eo fas; itaque post id tempus lege actum saepe. Varr. VI. 31. Nec toto perstare die sua jura putaris; qui iam fastus erit, mane nefastus erat. Nam simul exta deo data sunt, licet omnia fari verbaque honoratus libera praetor habet. Ovid. Fast. I, 49. Intercisi deorum hominumque communes sunt — nam cum hostia caeditur, fari nefas est; inter caesa et porrecta fari licet; rursus cum adoletur non licet. Macrob. Sat. I, 16, 2, 3.

(1) Varr. V, 31. Quando rex comitiavit fas in fastis notari solet, et hoc videtur significare, quando rex sacrificulus divinis rebus perfectis in comitium venit. Fest. ep. pag. 259. Ved. id. pag. 258. Dies qui vocatur « quando stercum delatum fas » ab eo appellatus quod eo die ex aede Vestae stercus everritur. et per Capitolinum clivum in locum defertur certum. Varro VI, 32 — Vedi Fest. pag. 259, 344. Ovid. Fast. VI, 227 sq.

(2) Quest'è l'opinione del Rudorff e di varii altri, noi abbiam voluto seguire quella del Mommsen, sembrandoci, se, non altro, fondata sopra probabilità che mancano alla prima. Vedi Corpus inscript. lat. vol. I, pag. 367.

(3) Festi dies Diis dicati sunt, profesti hominibus ob administrandam rem privatam pubblicamque concessi. — Festis insunt sacrificia, epulae, ludi, feriae; profestis fasti, comitiales comperendini, stati, praeliales. Feriarum pubblicarum genera sunt quatuor — stativae — conceptivae — imperativae — nundinae — Stativae universi populi communes certis et constitutis diebus ac mensibus et in fastis statis observationibus annotari — Conceptivae quotannis magistratibus vel a sacerdotibus concipiuntur, in dies certos vel etiam incertos — Imperativae quas consules vel praetores pro arbitrio potestatis indicunt. Nundinae sunt paganorum — sunt praeterea feriae propriae familiarum — sunt singulorum ecc. Macrob. I, 16.

Gli antichissimi giorni religiosi portavano la caratteristica *N*, era, cioè, in essi vietato alla giustizia di spiegare la sua attività. Col tempo molti di questi giorni smisero il loro carattere religioso, quantunque restassero nefasti; ma altri e di cattivo augurio ne nascevano, *infausti*, riferentisi a un pubblico infortunio. Questi erano decretati per un senato consulto, laddove gli altri si fissavano dalla legge.

A questi giorni di calamità pubblica furono dal senato riferiti i 36 *dies posteri, postriduani, atri* (1); il giorno 18 Luglio nel quale, nell'anno 364, le falangi romane furono distrutte alle rive del ruscello *Allia*, poche miglia in distanza dalle porte di Roma, e questa rimase preda dei Galli (2); il giorno 13 Febbraio per l'uccisione dei Fabii nella battaglia di Cremerea; il giorno 6 ottobre del 649 in cui l'esercito romano fu annientato dai Cimbri presso Arausione (Orange) alla riva sinistra del fiume Rodano (3); i tre giorni *quibus mundus patet* (24 Agosto, 5 Ottobre, 8 Novembre) (4); più tardi il giorno della nascita di Antonio e di Agrippina. Questi giorni a differenza di quelli che caddero in desuetudine, sono notati nel calendario come fasti, o come *comitiales*, giammai come *nefasti*.

Il maggioro ostacolo all'esercizio frequente della giurisdizione veniva non già dal gran numero dei giorni nefasti, sibbene dall'altro dei pubblici giuochi (*ludi honorarii, liberalia*), che sempre più aumentavasi (5), e dei quali Augusto per il primo ve ne sottrasse trenta giorni, o che convertì *in dies negotiosi, dies negotiorum agendorum* (6). Basta gettare uno sguardo sulle tavole Mafferiane per vedere a che straordinario numero erano essi saliti: gl'imperatori altro miglior mezzo non poteano trovare a snervare intieramente quel popolo da per se stesso degenerato, che procurandogli pub-

(1) Liv. VI, 1 Orell. Inscript. 643, pag. 164. Pontifices decreverunt nullum his diebus sacrificium recte futurum. Gell. V. 17.

(2) Quo deinde ad Alliam cum exitio urbis foede pugnatum, a posteriore clade Aliensem, appellarunt insigneumque rei nullius publice privatimque agendae fecerunt. Liv. cit.

(3) Plutarch. Lucullus 27. Camillus 19.

(4) Mommsen lo niega. Inscript. cit.

(5) Macrob. I, 10. Tacit. ann. I, 15, XIII, 41.

(6) Sveton. Octav. 32

blici giuochi e quasi giornalieri. Di bel nuovo una parte ne abolirono gl'imperatori più austeri e specialmente Nerva, Severo, Macrino (1), e una cura tutta particolare ne ebbe Marco Aurelio; il quale, a facilitare ai bisogni del diritto la via, aumentò per mezzo dei giorni giudiziari i *dies fasti*, portandoli al numero di 230 (2). Ma ciò non mise un freno all'intemperante cupidigia dei giuochi, che si trovano aver toccato l'estremo, e basta per convincersene guardare nel Calendario Filocaliano scritto nel 354 dopo Cristo. Dei giorni dell'anno 175 erano consacrati a pubblici giuochi, e di questi dieci gladiatorii, sessantaquattro circensi, e il rimanente scenici.

A rendere sempre più limitato il tempo per l'amministrazione della giustizia, non poca parte ebbero ancora le *Ferie pubbliche*. Queste trovansi appartenere, o al tempo dei Re, o al tempo degl'imperatori; in quello intramezzo della libera repubblica non risulta essersene costituita alcuna. Giorni Feriali erano tutti quelli di un nome proprio che ritornavano in un giorno determinato nei mesi dell'anno, sia che avessero avuto essi la caratteristica NP, o le note N. F; inoltre quei giorni di nome certo che tornavano ogni mese, insigniti della caratteristica *NP* e che erano tutti gl'*idi*, e le *calende* di Marzo e di Agosto. Sotto gl'imperatori furono nuove ferie introdotte nei fasti; senza parlare dei giuochi che si tennero in conto di ferie, ma che non si trovavano come tali riportati nel calendario, nè insigniti di una nota speciale (3). A queste ferie le altre si aggiunsero della *raccolta* e della *vendemmia* espressamento confermate da Marco Aurelio (4). Sotto gl' imperatori cristiani il calendario delle feste consacrate al nuovo culto la vinse sull'antico. L'imperatore Teodosio comandò *omnes dies esse juridicos* (5), e solo eccezione si fece ai giorni di domenica, ai quali si aggiunsero quelli del Natale, dell' Epifania, delle due settimane di Pasqua, della Pentecoste tutte come ferie religiose (6); come ferie politiche

(1) Dio Cas. LXVIII, 2, LXXVIII, 15. Vita Pertin. 15.

(2) Iudiciariae rei singularem diligentiam adhibuit; fastis dies judiciarios addidit ita ut ducentos triginta dies annuos rebus agendis litibusque disceptandis constitueret. Capit. Marc. Anton. 10.

(3) Vedi Mommsen corpus inscrip. cit. p. 375, 376.

(4) L. 1, 2, D. de Feriis II, 12. Svet. Caes. 40. Plin. Epist. VIII, 21.

(5) L. 19, C. Th. h. t.

(6) Sozom. hist. eccles. I, 8. L. L. 21, 24. C. Th. h, t. 5, C. Th. de spectaculis XV, 5.

il nuovo anno dal 31 dicembre al 3 gennaro, il giorno della fondazione di Roma e di Costantinopoli, il giorno della nascita dell'imperatore e della presa di possesso dell'impero, inoltre i due mesi del ricolto e della vendemmia (1). Il privilegio delle ferie fu per gli ebrei accordato nei giorni del loro sabato, e in quelli dedicati al loro speciale culto (2).

(1) L. 19, C. Th. h. t.

(2) L. 26, C. Th. h. t. — Esposti nel testo i principî generali del romano Calendario per maggior comodo del lettore ci sia permesso di dare nella presente nota un piccolo quadro schesmatico dei diversi giorni secondo le classificazioni fatte; e di trascrivere quindi il Calendario Giuliano, restituito sulle probabilità archeologiche. *Fasti*, sono i dieci giorni da Cesare accresciute all'anno, salvo il 30 Gennaro dal 745 in poi riportato tra i feriati. In tutto, i *dies fasti* antichi sono 45 per intiero e 3 in parte: e sono: Gennaro, 1, 2, 5, 6; Febbraro 21; Marzo, 2, 7, 8, 16, 24; Aprile 1, 2, 6, 23; Maggio 1, 2, 7, 8, 16, 24; Giugno 2, 14, 15; Luglio 16; Agosto 1, 2, 5, 6, 14, 19; Settembre 1, 2, 5, 6, 14, 23; Ottobre 2, 7, 8, 16; Novembre 1, 2, 5, 6, 14; Dicembre 5, 6, 14. Di questi giorni: Aprile 6; Giugno 14; Agosto 1, 2, 5, 6; Settembre 2, 23; appartengono all'epoca imperatoria, e alcuni dopo il calendario Giuliano — *Dies nefasti hilares* (NP), furono nell'antico calendario 40, cioè: Gennaro 11, 13, 15, 9 per congettura; Febbraro, 13, 15, 17, 23, 27; Marzo 1, 14, 15, 17, 19, 23; Aprile, 13, 15, 21, 25; Maggio 15, 21, 23; Giugno, 13; Luglio 5, 15, 19, 21, 23, 25, 27; Settembre 13; Ottobre 11, 13, 15, 19; Novembre 13; Dicembre 11, 13, 15, 17, 19, 21, 23; ai quali dopo il calendario Giuliano si aggiunsero: Gen. 30; Febb. 5; Marz. 6, April. 6, 28; Mag. 12; Giug. 26; Lugl. 4, 12; Agost. 1, 2, 9, 10, 28; Sett. 2, 3, 17, 23, 24; Ott. 1, 2. — *Dies nefasti tristes* appartenenti tutti all'antico calendario sono: Febb. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 24; Marz. 22; April. 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 22; Mag. 9, 11, 13, 22; Giug. 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12; Lugl. 1, 2, 3, 6, 7, 8, 9, 24; Sett. 12, 15; Ott. 1; Dicemb. 1, 2, 3. — *Dies comitiales* sono in tutto 194, cioè: Genn. 3, 4, 7, 8, 12, 16-28, 31; Febb. 18-20, 22, 25, 28; Marz. 3-6, 9-12, 18, 20, 21, 25, 26, 27-31; April. 3, 4, 24, 27-30; Mag. 3-6, 10, 12, 14, 17-20, 25-31; Giugno 3, 4, 16-28, 30; Luglio 10-14, 17, 18, 20, 22, 26-31; Agosto 3, 4, 7-12, 15, 16, 18, 20, 24, 26, 28, 31; Settembre 3, 4, 7-11, 16-22, 24-28, 30; Ott. 3, 6, 9, 10, 12, 17, 18, 20-31; Nov. 3, 4, 7-12, 15-28, 30; Dic. 4, 7-10, 16, 18, 20, 22, 24-28, 31. Di questi giorni, alcuni da Cesare o da Augusto furono riportati tra i *nefasti hilares*.— *Dies intercisi* appartenenti tutti all'antico anno sono: Genn. 10. 14; Febb. 16, 26; Marz. 13; Ago-

Non solo il giorno dovea essere giudiziario, richiedevasi ancora che il procedimento fosse stato iniziato e compiuto in determinate

sto 22; Ott. 14; Dic. 12. Ciò posto ecco il Calendario al quale abbiam voluto aggiungere le lettere lunari ed ebdomadarie.

1	A A A K Ian. F	D H K Feb. N	A D D K Mar. NP	G C K Apr. F
2	B B 4 F	E A 4 N	E E 6 F	A D 4 F
3	C C 3 C	B F B 3 N	F F 5 C	B B E 3 C
4	B D D PR C	G C PR N	B G G 4 C	C F PR C
5	E E NON F	A D NON NP	A H 3 C	D G NON N
6	F F 8 F	C B E 8 N	B A PR NP	C E H 8 NP
7	C G G 7 C	C F 7 N	C C B NON F	F A 7 N
8	A H 6 C	D G 6 N	D C 8 F	G B 6 N
9	B A Agon. NP	D E H 5 N	E D 7 C	D A C 5 N
10	D C B 4 EN	F A 4 N	D F E 6 C	B D 4 N
11	D C Car. NP	G B 3 N	G F 5 C	C E 3 N
12	E E D PR C	E A C PR N	A G 4 C	E D F PR N
13	F E EID NP	B D EID NP	E B H 3 EN	E G EID NP
14	G F 19 EN	F C E 16 N	C A Eq. NP	F F H 18 N
15	A G Car. NP	D F Luper. NP	D B EID. NP	G A Ford. NP
16	F B H 17 C	E G 14 EN	F E C 17 F	A B 16 N
17	C A 16 C	G F H Quir. NP	F D Lib. NP	G B C 15 N
18	D B 15 C	G A 12 C	G E 15 C	C D 14 N
19	G E C 14 C	A B 11 C	G A F Quinq. NP	D E Cer. N
20	F D 13 C	H B C 10 C	B G 13 C	H E F 12 N
21	G E 12 C	C D Feral. F	C H 12 C	F G Par. NP
22	H A F 11 C	D E 8 C	H D A 11 N	G H 10 N
23	B G 10 C	I E F Term. NP	E B Tubil. NP	I A A Vin. NP
24	C H 9 C	F G Regif. N	F C Q. Rex. C. F	B B 8 C
25	I D A 8 C	G H 5 C	I G D 8 C	C C Rob. NP
26	E B 7 C	K A A 4 EN	A E 7 C	K D D 6 F
27	F C 6 C	B B Eq. NP	B F 6 C	E E 5 C
28	K G D 5 C	C C PR C	K C G 5 C	F F 4 NP
29	A E 4 F		D H 4 C	A G G 3 C
30	B F 3 C		E A 3 C	A H PR C
31	A C G PR C		A F B PR C	

1	B A K Mai F	B E H K Iun. N	G F K Iul. N	C E Aug. NP
2	B C B 6 F	F A 4 F	A G 6 N	C D F 4 NP
3	D C 5 C	G B 3 C	C B H 5 N	E G 3 C
4	E D 4 C	C A C PR C	C A 4 NP	F H PR C
5	C F E 3 C	B D NON N	D B Poplif. NP	D G A NON F
6	G F PR C	C E 8 N	D E C PR N	A B 8 F
7	A G NON N	D D F 7 N	F D NON N	B C 7 C
8	D B H 8 F	E G 6 N	G E 8 N	E C D 6 C
9	C A Lem. N	F H Vatr. N	E A F 7 N	D E 5 NP
10	D B 6 C	E G A 4 N	B G 6 C	F E F 4 C
11	E E C Lem. N	A B Matr. N	C H 5 C	F G 3 C
12	F D 4 NP	F B C PR N	F D A 4 C	G H PR C
13	G E Lem. N	C D EID NP	E B 3 C	G A A EID NP
14	F A F PR C	D E 18 F	F C PR C	B B 19 F

ore dei giorni dedicati alla giustizia. Secondo le prescrizioni delle XII Tavole qual tempo fissato pel tribunale si erano le ore prima

15	B G EID NP	G E F Q. St. D.F	G G D EID NP	. C C 18 C
16	C H 17 F	F G 16 C	A E 17 F	H D D 17 C
17	G D A 16 C	G H 15 C	B F 16 C	E E Port. NP
18	E B 15 C	H A A 14 C	H C G 15 C	F F 15 C
19	F C 14 C	B B 13 C	D H Lucar. NP	I G G Vin. NP
20	H G D 13 C	C C 12 C	E A 13 C	A H 13 C
21	A E Agon. NP	I D D 11 C	I F B Lucar. NP	B A Cons. NP
22	B F 11 N	E E 10 C	G C 11 C	K C B 11 EN
23	I C G Tub. NP	F F 9 C	A D Nept. NP	D C Volc. NP
24	D H Q. Rex.C.F	K G G 8 C	K B E 9 N	E D 9 C
25	E A 8 C	A H 7 C	C F Furr. NP	A F E Opic. NP
26	K F B 7 C	B A 6 C	D G 7 C	G F 7 C
27	G C 6 C	A C B 5 C	A E H 6 C	A G Volt. NP
28	A D 5 C	D C 4 C	F A 5 C	B B H 5 C
29	A B E 4 C	E D 3 F	G B 4 C	C A 4 F
30	C F 3 C	B F E PR C	B A C 3 C	D B 3 F
31	D G PR C		B D PR C	C E C PR C

1	F D K Sept. F	A B Octob. N	D D A K Nov. F	D F G F Dec. N
2	G E 4 NP	B C 6 F	E B 4 F	G H 4 N
3	D A F 3 NP	D C D 5 C	F C 3 C	A A 3 N
4	B G PR C	D E 4 C	E G D PR C	E B B PR C
5	C H NON F	E F 3 C	A E NON F	C C NON F
6	E D A 8 F	E F G PR C	B F 8 F	F D D 8 F
7	E B 7 C	G H NON F	F C G 7 C	E E 7 C
8	F C 6 C	F A A 8 F	D H 6 C	F F 6 C
9	F G D 5 C	B B 7 C	E A 5 C	G G G 5 C
10	A E 4 C	C C 6 C	G F B 4 C	A H 4 C
11	B F 3 C	G D D Meditr. NP	G C 3 C	B A Agon. NP
12	G C G PR N	E E August. NP	A D PR C	H C B PR EN
13	D H EID NP	F F Font. NP	H B E EID NP	D C EID NP
14	E A 18 F	H G G PR EN	C F 18 F	E D 19 F
15	H F B 17 N	A H EID NP	D G 17 C	I F E Cons. NP
16	G C 16 C	B.A 17 F	I E H 16 C	G F 17 C
17	A D 15 C	I C B 16 C	F A 15 C	A G Sat. NP
18	I B E 14 C	D C 15 C	G B 14 C	K B H 15 C
19	C F 13 C	E D Arm. NP	K A C 13 C	C A Opal. NP
20	D G 12 C	K F E 13 C	B D 12 C	D B 13 C
21	K E H 11 C	G F 12 C	C E 11 C	A E C Dival. NP
22	F A 10 C	A G 11 C	A D F 10 C	F D 11 C
23	G B 9 F	A B H 10 C	E G 9 C	G E Lar. NP
24	A A C 8 C	C A 9 C	F H 8 C	B A F 9 C
25	B D 7 C	D B 8 C	B G A 7 C	B G 8 C
26	C E 6 C	B E C 7 C	A B 6 C	C H 7 C
27	B D F 5 C	F D 6 C	B C 5 C	C D A 6 C
28	E G 4 C	G E 5 C	C C D 4 C	E B 5 C
29	F H 3 F	C A F 4 C	D E 3 F	F C 4 F
30	C G A PR C	B G 3 C	E F PR C	D G D 3 F
31		C H PR C		A E PR F

mezzogiorno; dopo mezzogiorno addicevasi la lite alla parte presente quando l' altra non fosse comparsa, e il tramonto del sole metteva fine al dibattimento allorchè tutti e due i contendenti si trovavano presenti: «In comitio (Consul) aut in foro (iudex) ante meridiem, causam conscito, post meridiem praesenti stilitem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto.» All' abuso del magistrato e del giudice di chiudere talvolta il dibattimento pria della calata del sole, mise termine la legge Pletoria, inculcando con una nuova sanzione, e più specificatamente, quanto nelle tavole decemvirali era stato prescritto. Più tardi, per regola si fece principio al procedimento dalla terza innanzi mezzogiorno, in modo eccezionale dalla seconda, quando necessità lo richiedeva (1). La decima dolla sera chiudeva il tribunale (2), tranne che l' imperatore stesso avesse seduto *pro tribunali*, nel qual caso l' ora della chiusura potea da lui essere protratta (3). L' uso di circoscrivere l'attività giudiziaria dalla seconda alla decima si mantenne fino ai tempi dei Visigoti. Le sedute del tribunale doveano aprirsi prima mezzogiorno e viotato era di domandare giustizia nelle ore pomeridiane (4).

I termini di trenta e di dieci giorni, il *dies perendinus*, le *diffisiones*, l'aggiornamento degli atti giudiziari *instrumentorum causa*, si riferiscono tutti alle diverse specie di procedure. Ai tempi della Repubblica, sotto il dominio delle azioni delle leggi e del sistema formulario, non potevano i romani pensare o fissare un *maximum* alla durata delle liti; dapoichè i *judicia imperio continentia*, duravano quanto la carriera annale dol magistrato, ed i *judicia legitima* si ritennero come perpetui. La limitazione a 18 mesi arrecata della *lex Iulia judiciorum privatorum*, non toccava le proceduro centumvirali che per la loro lunga durata davano argo-

(1) Exercet raucos tertia causidicos. Mart IV, 8, 2. Intra horam secundam accusatores coeperunt dicere. Ascon. in Milon. Orelli V, 2, p. 42. Ante secundam Roscius orabat sibi adesse cras. Horat Sat. II, 6, 35.

(2) Utatur instituto suo, nec cogat ante horam decimam de absente secundum praesentem judicare. Cic. Verr. II, 17. Testamenta in municipiis — inter horam secundam et decimam recitari debent. Paul sent. IV. 6, § 2.

(3) Ipse ius dixit assidue et in noctem nonnumquam. Svet. Octav. 33.

(4) L. 13 C. Th. de off. Rect. prov. 1, 16. L. 1, C. Th. de off. iud. civ. 1, 20. L. 1, C. de off. civ. Iud. 1, 45.

mento, sotto Vespasiano, a fondate lagnanze; e dall'altra parte le *extraordinariae cognitiones* non ammettevano nella loro durata restrizione di sorta: così sappiamo, che gli atti della così detta *lis fullonum* si continuarono giudizialmente per 18 anni (1).

Costantino prescrisse per le cause civili il *maximum* di due anni (2), per le fiscali di un anno che più tardi fu ridotto a tre, quattro e sei mesi. Giustiniano, portò il termine per le cause civili a tre anni, e ordinò un processo contumaciale nel caso che l'una delle parti non fosse comparsa (3); che se tutte e due avessero lasciato dormire la controversia dopo la contestazione della lite, entrava allora la prescrizione di quarant'anni (4).

(1) Rudorff. Zeitsch. für gesch. RW. XV, p. 254 seg.

(2) Lis ad suum judicem translatam intra biennium spatium decidatur ratione temporis custodita cum legitime fuerit apud suum judicem caepta, exemplo lituum ceterarum L. Unic. C. Th. de dolo malo II, 15.

(3) L. 13, C. de judiciis III, 1.

(4) L. 9, C. de praescrip, trig. ann. VII, 39, L. 1, § 1, C. de ann. exc. VII, 40.

PARTE II.

PROCEDIMENTO IN JURE, E RAPPRESENTANZA GIUDIZIARIA

CAPO I.

Obbietto del procedimento civile, e dell'azione in generale

Non tutte le violazioni del diritto forniscono materia alla civile procedura. Da una parte, gran numero, nelle quali col diritto reale e personale dell'individuo viene offeso lo Stato e l'ordine generale che lo governa, formano il campo del procedimento penale; dall'altra parte le violazioni del diritto religioso, del puro diritto interiore della famiglia, degli obblighi contratti tra i cittadini e le diverse amministrazioni dello Stato sia per gli appalti sia per il riscuotimento dei dazi e delle gabelle, aprono la via all'esercizio dell'autorità sacerdotale, della potestà paterna, alla giurisdizione delle particolari magistrature proposte ai rami singoli dello Stato, e alle diverse commissioni, siano permanenti siano transitore. Al procedimento civile romano adunque appartengono solo le contestazioni del puro diritto civile sorto tra privati cittadini e in rapporto ai loro privati interessi; questo elemento individuale di diritto di persone e d'interessi definisce la natura e segna i limiti del procedimento civile. Eccezione a questo generale principio fanno le *causae status*, nelle quali, quantunque trattasi della libertà del cittadino che è di comune interesse dello Stato, pure si agitano innanzi al magistrato civile colle forme del civile procedimento; e rispetto alla persona dei contendenti, un'altra eccezione si rinviene nelle cause tra un singolo cittadino e il popolo romano, solo nel caso di contestazione sul diritto di proprietà o altri a queste somiglianti.

Actio si è la parola generale esprimente l'attività e l'efficacia del diritto che svolgesi pei tramiti legali del procedimento civile. Appartiene alla natura di ogni diritto la difesa del medesimo, per modo, che astrattamente parlando, è impossibile il trovarne un solo che goda di tutti i caratteri di diritto e che sia privo di difesa. La difesa non è che l'autorità del diritto la quale niega, raffermandosi, l'ostacolo e la violazione, e ciò non potrebbe, qualora intrinsecamente non possedesse la virtù della propria riaffermazione. Non così però nel campo del diritto civile dove tutta l'efficacia giuridica promana dalla legge; ivi è possibile il concepire un diritto senza azione, come in tutte le obbligazioni naturali; ed è possibile l'esistenza di un mezzo di difesa senza diritto, come la *bonorum possessio sine re;* e ciò appunto, perchè l'*actio* non dipende dall'accordo delle individuali volontà, sibbene dall'ordine supremo dello Stato (1): ond'è che i giureconsulti furon sempre usi a considerare il diritto del punto di vista della difesa, per modo che mancando l'*actio*, superfluo sarebbe stato il parlar dell'esistenza del diritto. Qual conseguenza dell'essere l'*actio* il diritto, nella romana giurisprudenza era principio, che colui il quale avesse posseduto l'azione, ritenevasi come possessore dell'obbietto da rivendicare o della prestazione da chiedere coll'impiego della medesima (2).

A tempo della rigida giurisprudenza e del simbolismo del diritto, l'*actio* non era che una formola prestabilita alla quale adeguavansi tutti i diritti e conformemente alla quale si rivendicavano; la mancanza del minimo rapporto tra il diritto e la formola privava della difesa; avvegnachè esistita fosse la conformità del diritto all'equità e alla giustizia (3). E a questo rigore corrispon-

(1) Actionum modus vel lege vel per Praetorem introductus privatorum pactionibus non informatur. L. 27 D. de Reg. Iur. L. 17.

(2) Qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur. L. 15, D. de Reg. Iur. L. 17. Id apud se quis habere videtur de quo habet actionem: habetur enim quod peti potest. L. 143 D. de verb. sign. L. 16, Vedi L. 52, D. de adquerendo rer. domin. XLI, 1.

(3) « Patricii jurisprudentiam rigidam principio et diu in republica libera... ex utilitate coluerunt, unde conceptas verborum formulas religiose custodiebant, atque ad eas tanquam ad regulam ferream, quae ad se corpora non se ad corpora dirigit causas accomodabant, unde in causis quammultis quae jus postulabant leges surda erant et jus iners

deva la scrupolosità delle parole solenni delle quali per poco deviando si aveva la perdita irreparabile di tutto il procedimento, e quindi di tutto il diritto. *Caussa cadere* si era l'espressione antica la quale dinotava questa perdita.

Ma questo diritto rigido e diretto, onde il fatto veniva equato alla legge, questo *jus summum et apex juris... toto verborum genere custoditum* dovea pur finalmente cedere alle mite ragioni della equità. I novelli rapporti e le transazioni sociali nelle quali Roma incamminavasi; lo sviluppo del commercio, che facevasi di giorno in giorno più potente e che per necessità richiedeva l'emancipazione da ogni formalismo; e più che ogni altro lo svolgimento intellettuale che dal certo delle cose risaliva al vero, dal fatto all'idea, dal concreto all'astratto, dai rapporti civili e fittizi, ai rapporti naturali e necessari; lo studio della filosofia che aprivasi la strada nel campo delle leggi; eran tanti elementi, che richiedevano e producevano l'abolizione dell'antico sistema delle azioni, ed organo ne era il Pretore. Secondo queste nuove esigenze, le azioni più che alle formole delle parole adequaronsi alla formola della mente e della natura, furono cioè, una diretta emanazione del diritto, e questo più che dal formalismo e della religiosità delle parole misteriosamente custodite dai pontefici, tutto dipendette dall'equità naturale, dall'*equo eterno-buono*, a cui dirigevasi con ogni sforzo la giurisprudenza. Sicchè a tempo dei classici giureconsulti l'azione, più che una formula, fu un diritto; più che una concezione di parole, un'elemento intrinseco del diritto medesimo in cui si fondava; onde il giureconsulto Celso ebbe a definirla per il *ius persequendi judicio quod sibi debetur* (1). L'azione è un diritto in virtù del quale puossi in giudizio perseguire la ragione dal quale esso nasce, e siccome l'azione compete al suo portatore così pure gli compete la ragione della sua esistenza; e questo esprimono le parole *quod sibi debetur*, per le quali volle il giureconsulto significare non già la natura dei diritti, bensì il ge-

fiebatur, contra quamplurimis, quae jus recusabant leges obtrudebantur et jus aderat importunum.» Vico, de uno univ. jur. prin. cap. 177. «Iuris consulti antiqui, non ut nostri leges ad facta, sed ad leges facta accomodabant, et in eo omnis antiquae jurisprudentiae laus erat, quo et leges integrae manerent, et causarum utilitati consuleretur.» Id. Cap. 181.

(1) L. 51, D. de oblig. et act. XLIV, 7; Iust. IV, 6.

nerale fondamento di ciascuna azione in rapporto al suo possessore. Sotto questo punto di vista, l'*actio* ha per subbietto qualsiasi mezzo di difesa che valga a far conseguire o riacquistare un diritto, quindi, gl'interdetti, le sponsioni, le stipulazioni, le eccezioni, i *praejudicia*, le restituzioni in intiero, la *persecutio extraordinaria* (1).

In nn senso più stretto la parola *actio* trovasi esclusivamente adoperata per le azioni personali, laddove per le azioni reali impiegansi le voci: *petitio* o *vindicatio;* un termine generale per le une e per le altre, nei giudizi *extraordinarii*, si è la voce *persecutio* (2).

Il concetto dell'azione riferendosi all'ordine processuale e agli atti da compiersi dalle parti per ottenere una sentenza deffinitiva, abbraccia in un senso strettissimo la persecuzione del diritto per mezzo delle *legis actiones*, e delle *formulae* che dopo la legge Ebuzia vi si sostituirono.

Noi non potremmo sistematicamente e storicamente conoscere il valore delle singoli azioni, senza conoscere il doppio sistema delle azioni della legge e delle *formulae judiciorum*.

CAPO II.

Giovan Battista Vico e la romana giurisprudenza in rapporto alla procedura in generale.

Nell'intraprendere l'ardua trattazione intorno ai diversi periodi della romana procedura, innanzi di entrare a discorrere partitamente di essi ho stimato opportuno di riferire il sistema del nostro Vico snlla romana giurisprudenza in rapporto al sistema processuale. E in ciò fare l'animo mi gode, sì perchè nei principî generali dal nostro filosofo stabiliti e profondamente meditati sulla natura intima del corso delle nazioni, sembrami di trovar le basi di tutto ciò che posteriormente si è venuto scrivendo dai maestri di diritto, e sì ancora per rivendicare a lui l'onore dell'origina-

(1) L. 37, D. de obl. et act. XLIV, 7, L. 178 § 2, 3, D, de verb. sig. L. 16, pr. Inst. de act. IV. 6.

(2) L. 178 § 2, de verb. sign. cit. LL. 25, 28, D. de obl. et act. cit.

lità del concetto, che, cioè nelle solenni parole delle azioni della legge, non si contenevano che formole divinamente sancite delle quali vietato era l'abusare (1); donde la loro origine religiosa e divina.

« Le cose ragionate d'intorno alle tre specie della ragione, dice il Vico, possono essere il fondamento che stabiliscono la storia del diritto Romano. Perchè i governi devono essere conformi alla natura degli uomini governati — perchè dalla natura degli uomini governati escono i governi — e che le leggi perciò devono essere ministrate in conformità dei governi e per tal ragione dalla forma dei governi si devono interpretare; lo che non sembra di aver fatto niuno di tutti i giureconsulti e interpreti, prendendo l'istesso errore che avevano innanzi presso gli storici delle cose romane, i quali narrano le leggi comandate di varii tempi in quella repubblica, ma non avvertono ai rapporti che devono le leggi avere cogli stati per i quali quella repubblica procede; ond'escono i fatti tanti nudi dalle proprie cagioni, le quali naturalmente li avevano dovuto produrre. — Per tutto ciò, se tutti gli adornatori della storia del diritto romano sono domandati, perchè la giurisprudenza antica usi tanti rigori d'intorno alla leggo delle XII Tavole? perchè la mezzana cogli editti del Pretore cominciò ad essere benignità di ragione, ma con rispetto però di essa legge? perchè la giurisprudenza nuova senza alcun velo e riguardo di essa legge prese generosamente a professare l'equità naturale?

(1) Il professore Adolfo Schmidt in un discorso intitolato: *de originibus legis actionum* si ascrive il diritto dell'originalità del concetto accennato nel testo: ecco le sue parole: « Sed quid quid est, quum de singulari legis actionum externo habitu constet, cogi poene ipsa re videmur quaerere, qui factum sit, in talibus verborum quae videntur esse minutiis ita anxie haeserint, ut rem perdat qui lingua titubaverit. Cui rei explicandae qui operam dederit miror nusquam me invenisse; immo quod fortasse magis mirandum, *vix ipsam quaestionem legi alicubi propositam*, quae cum ita sint, operae pretium erit, PROPRIO MARTE in hanc rem inquisivisse nec sane qui in solitudine a via forte aberraverit excusatione apud aequos judices carebit. » pag. 7. Il signor Schmidt avrà svolto forse il concetto coll'esito delle nuove scoverte e col progresso degli studii filologici di oggidì, il che non potè avere il Vico; ma ci vuol molto per dirsi originale: perciò noi trascriviamo le parole del Vico senza nulla togliere o aggiungere.

essi per renderne una qualche ragione danno in quella grave offesa alla romana generosità con cui dicono che i rigori, le solennità, gli scrupoli, le sottigliezze delle parole, e finalmente il secreto delle medesime leggi, furono imposture di nobili per avere essi le leggi in mano, che fanno una gran parte della potenza nella città. Ma tante si fatte pratiche furono da ogni impostura lontane, che furono costumi usciti dalle loro stesse nature, le quali con tali costumi produssero tali stati, che naturalmente dettavano tali e non altre pratiche. Perchè nel tempo della somma fierezza del loro primo genere umano, essendo la religione l'unico potente mezzo di addimesticarla, la Provvidenza — dispose che vivessero gli uomini sotto governi divini e dapertutto regnassero leggi sacre, ch' è quanto dire quanto arcane e secrete al volgo dei popoli, le quali nello stato della famiglia tanto lo erano state naturalmente che si custodivano con le lingue mutole; le quali si spiegavano con sacrate solennità che poi restarono negli atti legitimi, le quali tanto da quelle menti balorde era creduto abbisognare per accertarsi della volontà efficace dell' altro d' intorno a comunicare l' utilità. — Di poi succedettero i governi umani di stati civili e aristocratici e per natura perseverando a celebrarsi i costumi religiosi con essa religione seguitarono a custodirsi le leggi arcane e segrete — e con tal ragione si osservarono severamente le leggi, ch' è il rigore della civile equità. — Appresso avendo a venire le repubbliche popolari che naturalmente sono aperte, generose, e magnanime dovendosi comandar la moltitudine — vennero cogli stessi passi le lingue e le lettere che si dicon volgari, delle quali è signora la moltitudine e con quelle comandarono e scrissero le leggi, e naturalmente se ne andò a pubblicare il segreto ch' è il *jus latens*, che Pomponio narra non aver sofferto più la plebe romana. — Tal ordine di cose umane civili, finalmente si trovò apparecchiato per gli stati monarchici, nei quali i monarchi vogliono amministrare le leggi secondo l'equità naturale (1).

Secondo questa storia fondamentale della romana giurisprudenza, che nella stessa natura dei popoli trova la sua dimostrazione, stabilisce il nostro Vico la dottrina sopra le tre specie di giudizi che corrispondono ai tre periodi della storia dell'umanità.

(1) Scienza Nuova, Lib. IV, pag. 515-518 ediz. Ferrari.

Nei primi tempi divini i giudizi erano divini, ogni azione civile era un' invocazione agli Dei, ogni diritto era un Dio, ogni pena era una consacrazione, ogni guerra avea giudici gli Dei; era una guerra di religione. Nei tempi eroici succedettero i giudizi ordinarii fondati sulla scrupolosità delle formule, e nei tempi umani i giudizi umani dettati dalla ragione spiegata dai filosofi (1). « Sicchè le specie dei giudizii furono tre, la prima dei giudizi divini, nei quali, nello stato che dicesi di natura, che fu quello della famiglia, non essendo imperii civili di leggi, i padri di famiglia si richiamavano agli Dei dei torti che erano stati loro fatti, che fu prima e propriamente implorare *Deorum fidem*, chiamavano in testimonii della loro ragione essi Dei che fu prima e propriamente *Deos obtestari*, e tali accuse e difese furono con natia proprietà le prime orazioni del mondo come restò ai latini *oratio* per causa e difesa. — Le ragioni le quali si arrecavano in tali giudizi erano essi Dei, siccome nel tempo nei quali i gentili tutti le cose imaginavano essere Dei. — Dopo tali orazioni ovvero observazioni ovvero implorazioni e dopo tali obtestazioni venivano all'atto di esagrare essi Dei — e tali esagrati che dicevano ἀναθήματα che noi diciamo scomunicati, che fu il primo *nuncupare vota* che significa far voti ovvero formola consacrata, e li consacravano alle furie che furono veramente *diris devotis* e poi li uccidevano. Con questi giudizi pratici privatamente uscirono i popoli a far guerra che si dissero *pura et pia* bella e si facevano *pro aris et focis*, per le cose civili come pubbliche, così private, col quale aspetto di divino tutte le cose umane, onde le guerre eroiche tutte erano di religione. — I secondi giudizi per la recente origine dei giudizi divini furono tutti ordinari, osservati con una somma scrupolosità di parole, che dai giudizi innanzi stati detti divini dovette restar detta *religio verborum*, conforme le cose divine universalmente son concedute con formole consacrate, che non si possono d'una letteruccia alterare, onde dell'antica formula delle azioni si diceva, qui *cadit virgula causa cadit*, ch'è il diritto naturale delle genti eroiche, osservate naturalmente dalla giurisprudenza romana antica, e fu il *fari* pel Praetor ch'era una parola inalterabile, dal quale furon detti *dies fasti* i giorni nei quali rendeva giustizia il Pretore. — Così perchè non prorompessero in

(1) Nota, a pag. 518 della ediz.

piati, risse e uccisioni fu consiglio della Provvideuza che avessero natnralmente tale opinione del giusto, che tanto e tale fosse loro diritto quanto e quale si fosse spiegato nelle solenni formole di parole.— Nè solamente tal diritto stretto fu naturalmente osservato tra gli uomini, ma dalla loro natura gli uomini credettero osservarsi da essi Dei. I terzi giudizi son tutti straordinari, nei quali signoreggia la verità di essi fatti, ai quali secondo i dettami della coscienza soccorrono ad ogni nopo benignamente le leggi in tutto ciò che domanda essa uguale utilità delle cause, tutte asperse di pudor naturale ch'è parte d'intelligenza e garentiti perciò dalla bnona fede ch'è figliuola dell'umanità (1). »

Dai principii fondamentali della romana giurisprudenza e dall'ordine dei giudizi che corrispondono ai diversi periodi della storia intima di un popolo, é facile dedurre la differenza delle diverse specie di azioni che dovevano corrispondere ai diversi giudizi e il fondamento di esse; cioè il diritto divino e la religione da principio, in virtù del qual diritto colla forza privata vendicavansi i propri diritti; le formole religiose derivate da questo diritto divino e il sacramentalismo delle espressioni elemento necessario di una religione, e quindi necessario così per l'acqnisto come per la rivendica di un diritto non ancora emancipato dal carattere religioso nei tempi eroici; e finalmente la buona fede nei giudizi umani.

Esposti così i principii che filosoficamente governano la romana procedura, secondo le profondi meditazioni del Vico, uopo è che entriamo a discorrere dei diversi periodi del procedimento e innanzi tutto delle azioni della legge.

CAPO III.

Azioni della Legge.

Quel complesso di atti legali accompagnati da parole e da formole solenni compiuti dai contendenti allo scopo di difendere e di rivendicare nn diritto alla presenza del magistrato, costituiscono le così dette *legis actiones;* non già perchè esse fossero state

(1) Scienza Nuova Lib. IV, pag. 518, 529 ediz. Ferrari.

prescritte, preformulate e contenute nella legge medesima; ma perchè erano formulate secondo le disposizioni della legge nella quale trovava il suo fondamento e i suoi limiti il diritto (1). La scrupolosa osservanza del simbolo, la religiosità della formula cu-

(1) « Actiones quas in usu veteres habuerunt legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant quippe tuuc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt iu usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis erant accomodata et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur.» Gai, IV, 11. Gajo riconosce una doppia spiegazione all' origine delle alienazioni: l'una assai chiara, per la quale il nome derivasi da ciò, che le parti nel presentarsi *in iure* doveano scrupolosamente seguire le parole della legge sulla cui base poggiavasi il diritto, e secondo la quale formulavansi le parole; l'altra assai oscura ed ha dato luogo a varie interpretazioni nel senso, cioè, che le azioni della legge avessero fatto parte della legge medesima dalla quale promanavano. Ciò è falso, è contro la mente del giureconsulto, il quale ammettendo la prima spiegazione sembra tacitamente negare che dette azioni si contenessero materialmente scritte nella legge, sicchè il *legibus proditae* altra forza non ha che quella di esprimere, che le azioni della legge furono introdotte dalla legge, vale a dire, che da questa promana il *ius agendi*, per modo che se il diritto del contendente è contemplato da essa, necessariamente questo diritto è assistito da un'azione; altrimenti si cercherebbe invano un mezzo per farlo giudizialmente valere. La quale spiegazione è conforme agli studi sulle romane antichità, i quali dimostrano giammai essere esistite formulate nella legge delle XII Tavole le azioni giudiziarie, e a quanto troviamo scritto in Pomponio che così si esprime: « Deinde ex his legibus (XII Tab.) eodem tempore fere actiones compositae suut quibus inter se homines disceptarent, quas actiones ne populo prout vellet institueret, certas sollennesque esse voluerunt, et appellatur haec pars juris *legis actiones*, idest legitimae actiones. Et ita eodem tempore tria haec jura nata sunt; leges duodecim Tabularum ex his fluere caepit jus civile, ex iusdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud Collegium pontificum erant. — Postea cum Appius Claudius proposuisset ed ad formas redigisset has actiones, Cneus Flavius scriba eius, libertini filius, surreptum librum, populo tradidit. — Post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et libro populo dedit, qui appellatur jus Aelianum.» L. 2, § 6, 7, D. de orig. iur. 1, 2. Da questo particolareggiato racconto di Pomponio chiaro risulta come le azioni della legge, non erano una parte della legge, ma discendevano da essa, o contemporaneamente alla sua origine o posteriormente formulate.

stodita dai pontefici formavano il carattere della *legis actiones;* un *quid adiectum vel detractum*, il minimo deviamento da una letteruccia produceva irreparabilmente la perdita del diritto, perchè impossibile era di far valere due volte la stessa azione. Esempio di tanto rigorismo è quello lasciatoci da Gaio: « unde cum qui de vitibus succissis ita egisset ut actione *vites* nominaret, responsum est eum rem perdidisse quia debuisset *arbores* nominare » (1).

Cinque specie di *legis actiones* compongono l' intiero sistema di questo periodo processuale, cioè: *sacramento, per judicis pustulationem*, *per condictionem*, *per manus iniectionem*, *per pignoris capionem*. La più antica, rigorosa e ordinaria forma si è l' *actio sacramento;* la *iudicis postulatio*, se ne scosta per la maggior libertà processuale, e non è che un'eccezione; l'*actio per condictionem* si è una nuova forma, per i diritti e i debiti liquidi e certi: tutte e tre compongono la parte contenziosa del procedimento. L'*actiones per manus iniectionem* e *per pignoris capionem*, costituiscono la parte esecutiva; quest'ultima azione però intanto appartiene al numero delle *legis actiones*, in quanto la presa del pegno deve farsi *certis verbis*, del resto essa forma un procedimento estragiudiziario che può aver luogo nei *dies nefasti* senza la presenza del debitore e del magistrato.

Il numero delle azioni della legge così circoscritto da se escludeva un'immensità di rapporti che pure in questo periodo aver doveano la loro importanza giuridica. E per vero, escluso è il diritto sacro e pubblico, cioè di quelle cose ch'eran consacrate agli Dei o l' uso delle quali apparteneva a tutti, il dominio a nessuno o meglio alla comunità intiera; esclusi i rapporti puramente di modo personale non economico, proprii o altrui, p. e. la difesa del diritto di paternità o di patronato; i rapporti privati di un genere economico relativi al caso e ai privilegi pei quali trattavasi non di una dichiarazione di dritto, bensì di misure esteriori concernenti il conseguimento, la conservazione, il ristabilimento del possesso di fatto. Or come provvedevasi a tutti questi rapporti che pure si trovano fuori della sfera delle *legis actiones?* Indubitato essendo, che tutto ciò avea un diritto alla difesa dello Stato, e che quindi mancar non potea un mezzo valevole di difesa; è probabile che questi rapporti fossero appar-

(1) Gai IV, 11.

tenuti alla cognizione del magistrato, il quale in virtù del suo *imperium* decideva senza *judicium*, ma per via di comandi e di proibizioni, e che quindi ab antico questo procedimento straordinario, di rimpetto all'ordinario e solenne diviso in *jus* e in *judicium*, più che un supplimento introdotto da bisogni improvveduti, fosse stato una parte integrante dell' intiero procedimento giudiziario (1).

§ 1.

LEGIS ACTIO SACRAMENTO

Sacramentum non è che una somma di danaro, da ambidue contendenti presentata al Magistrato come cauzione della verità dei loro asserti e che perdevasi a vantaggio dell'Erario e della religione da parte di colui il quale fosse stato trovato dal lato del torto.

Quale l'origine di questa antichissima azione processuale lo tacciono le fonti, e discrepanti sono le opinioni dei moderni eruditi. Parlano taluni di un giuramento dato dai soldati al proprio capitano, cui trasgredendo, il loro capo veniva consacrato agli Dei inferi e da ciò deducono il *sacramentum* per le contestazioni private; altri parlano di promesse confermate con giuramento, onde le cause di coloro che siffattamente promettevano doveano essere giudicate dai pontefici ed esser condannati come spergiuri per sacramento violato. A noi sembra che altronde convien rintracciare l'origine e la forma primitiva di quest'azione, nella rozza natura del popolo che l'usò. L'*actio sacramento* è una forma generale, val quanto dire ch'essa fu l'unica forma solenne colle quali si risolvettero le prime controversie; la sua esistenza è anteriore alle XII Tavole e quindi radicata nelle consuetudini del popolo, il quale a vece di danaro deponeva capre e vitelli nelle controversie che si decidevano dai Re, e provvedevasi con ciò alle vittime pei sacrifici. Il carattere religioso del *sacramentum* con questo cammino regressivo rendesi sempre più spiccato e ci conduce all' idea di un primitivo sacrifizio, che dovette essere in seguito celebrato coll'offerta di animali alla divinità. È un vero sto-

(1) Keller. Röm. Civilproc. cap. 2, § 22.

rico e psicologico che i popoli nella loro infanzia non costituiti ancora con proprie leggi, con proprie magistrature cui ubbidiscano, si lascian governare da un sentimento universale spontaneo in tutti, dal sentimento religioso, secondo il quale regolano e difendono i loro diritti. Or secondo la rozzezza primitiva di un popolo, e la religione rozza e materiale anch'essa, non può essere che uno il modo solenne per far valere il proprio diritto, e questo nascer dee dalla natura della religiono, cioè la consacraziono al Dio diritto dell'individuo, il quale risulta di averlo violato, e ciò perchè non è la violazione del diritto in rapporto al possessore che si punisce nel violatore, bensì l'offesa alla divinità incarnata nel diritto. Questa consecrazione in mancanza di una superiore autorità si compie dagl'individui medesimi in una lotta reale e coll'uso delle armi; e siccome non può vincere che la divinità perchè più forte dell'uomo, è questa divinità manifestandosi nelle forze dell'individuo che presumesi vero possessore del diritto, così il soccumbente ritiensi essere stato il violatore e quindi consacrato alla divinità. I giudizi di Dio del medio evo giustificano il nostro ragionamento.

Dirozzati alqnanto i costumi, la consacrazione della vita trasmutossi in consacrazione di oggetti materiali, di animali destinati al sacrifizio e che in certo modo nell'immaginazione dei popoli valevano quanto la vita dell'individuo per soddisfare la religione del diritto offeso; al combattimento reale ne subentra un'altro fittizio o ciò sotto la direzione di un capo ch'era giudice e che necessariamente esser dovette principe della religione. E giacchè l'essenza di una religione consiste in simboli, in formole inalterabili e solenni, che sono il linguaggio degli Dei, così con queste formule conveniva impegnare il combattimento fittizio e provocare al sacramento. In tal guisa troviamo i due elementi reali del combattimento e della consacrazione dell'individuo alla divinità, convertiti in elementi simbolici. Emancipato in parte il diritto dalla religione sotto i Re, costoro furono i naturali giudici tra i contendenti, invece del sacerdote la cui autorità rimase limitata nel puro diritto religioso. Le parti, pel caso di soccumbenza, deponevano nelle controversie maggiori del valore di dieci vitelli, cinque vitelli, nelle minori controversie cinque pecore; il Re decideva sul diritto, il deposito della parte soccumbente andava ai sacerdoti per i pubblici sacrifizi. Questo sembraci essere stato il probabile

processo dell'*actio sacramento*. Gajo ce ne dice solo quel tanto ch'era necessario a sapersi e che rapportavasi in certo modo al diritto dei suoi tempi, egli espone l'ultima fase di quest'azione che si parte dalle XII Tavole.

In quest'ultimo periodo siffatta forma di procedimento si effettua mercè l'affermazione con parole solenni fatta del diritto da parte del querelante, e la congrua contraddizione sia in modo positivo sia negativo da parte del convenuto; a questa siegue la vicendevole provocazione al *sacramentum*, la provocazione di comparire in un giorno determinato innanzi ai Decemviri o Centumviri, e dopo la *Lex Pinaria* di comparire al trentesimo (decimo ?) giorno di bel nuovo innanzi al Magistrato per ricevere il giudice. Ricevuto il giudice, si fa la denunzia scambievole di presentarsi a lui *in diem tertium sive perendinum* (1) onde chiudesi il procedimento *in iure*.

L'ammontare del *sacramentum* in rapporto al valore dell'obbietto litigioso fu dalle XII Tavole fissato a 500 assi per le cose di un valore uguale o maggiore a 1000, a 50 assi per uno minore, eccettuate le cause sulla libertà, la quale per quanto preziosissima, pure *favoris causa* non richiedevano un deposito maggiore di 50 assi, e ciò per facilitare l'*assertio in libertatem* (2). Il deposito della somma facevasi in un luogo sacro (*ad pontem sublicium*) (3). Più tardi, bastarono i semplici *Praedes sacramenti* presentati al Pretore e che garentivano il pagamento della scommessa, la quale, secondo la prescrizione della *Lex Papiria* (511 ?), riscuotevasi dai

(1) Gai IV, 13, 15, 16. Prob. IV, 3, 4, 5, 9. Cic. Inv. I, 8, II, 21. Pro Mur. 12. Ascon. in Ver. II, 9, 26. Fest. ep. p. 283.

(2) Poena autem sacramenti aut quingenaria erat aut quinquagenaria, nam de rebus mille aeris plurisve quingentis assibus, de minoribus vero quinquaginta assibus sacramento contendebatur; nam ita lege XII Tabularum cautum erat, at si de libertate hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur cautum est favoris... comparerentur adsertores. Gai IV, 14. Fest. V. *Sacramentum*.

(3) Ea pecunia quae in judicium venit in litibus, sacramentum a sacro. Qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus utrique quingenos aeris ad pontem deponebant, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium; qui judicio vicerat suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat. Varr. de LL. V. § 180. Fest. V, *sacramentum*.

Triumviri capitales a vantaggio dell' Erario e per le spese del culto (1).

Compiute le solenni formalità innanzi al magistrato, i contendenti esponevano al giudice sommariamente e come per indice lo stato della questione (*causae conjectio*) (2), cui tenea dietro la *peroratio*. Il giudice esaminar dovea quale delle parti avesse fatto un *sacramentum justum* o *injustum* e su questo direttamente giudicare (*sacramentum justum vel injustum judicare*) (3). Un siffatto giudicato, non solo portava la perdita della somma depositata da parte del soccumbente e quindi avea il carattere penale, ma produceva ancora la perdita del diritto, per essere subbentrata la scommessa nelle veci dell'obbietto litigioso, e quindi avea il carattere pregiudiziale (4).

Nell'*actio sacramento*, esser non potea questione del più o del meno, le svariate gradazioni che si trovano o sono possibile nei modi di valutare un diritto secondo la buona fede non erano nella competenza del giudice. Egli occuparsi dovea solo della quostione se il sacramento era giusto o ingiusto, rigorosamente rintracciare i rapporti della giustizia e dell'ingiustizia e dichiarar la perdita fatta da uno dei litiganti. Ma ben potea darsi che i contendenti ambidue perdessero la loro scommessa nel caso che per l'attore si fosse chiesto più di quello che fossegli spettato, e il

(1) Sacramentum aes significat quod poenae nomine penditur sive eo quis interrogatur, sive contenditur. Id in aliis rebus quinquaginta assium est, in aliis rebus quingenta inter eos qui iudicio inter se contenderent. Qua de re lege L. Papirii Tr. pl. sanctum est his verbis: « Qui cumque praetor post hoc factus erit, qui inter cives ius dicet, tres viros capitales populum rogato, hique tres viri capitales, qui cumque posthac facti erunt, sacramenta exigunto, iudicantoque eodemque iure sunto, uti ex legibus, plebeique scitis exigere, iudicareque esseque oportet. » Sacramenti autem nomine id aes dici coeptum est quod et propter aerarii inopiam, et sacrorum pubblicorum multitudinem consumebatur id in rebus divinis. Fest. V, *Sacramentum*.

(2) Deinde cum ad iudicem venerant antequam apud eum causam perorarent, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere, quae dicebatur causae conjenctio, quasi causae suae in brevi coactio. Gai IV, 15. — Gell. V, 10. Ascon. in Verr. II, 26.

(3) Cic. pro Caec. 33, pro Domo 29, pro Mil. 27.

(4) Gai IV, 94.

convenuto assolutamente avesse negato il diritto al suo avversario quando trovavasi già in parte debitore. In tal caso il *sacramentum* per tutti e due era ingiusto, appunto perchè l'uno avea chiesto l'indebito, l'altro temerariamente negato. A ragione quindi Gajo appella quest'azione pericolosa, assimilandola allo *sponsio* e alla *restipulatio* dei tempi posteriori (1).

§ 2.

LEGIS ACTIO PER IUDICIS POSTULATIONEM.

L'antico sistema processuale non potea ignorare quella specie di giudizi che fondati sulla buona fede più che lo stretto rigore dell' espressione della legge avean di mira liberi rapporti giuridici, che non altrimenti poteano giudizialmente esser risoluti, se non coi principi dell'equità, e da persone pratiche. Non tutte le controversie avevano per obbietto un fondo da rivendicare, o una *pecunia certa*, moltissime riferivansi a quell'immenso numero di gradazioni che offre il commercio giornaliero e che impossibile è di determinare secondo l'obbiettiva rigorosità della legge, laddove fa d'uopo della buona fede. Laonde per le controversie sopra *res incertae* creossi una nuova azione per la quale evitandosi il pericolo del *sacramentum*, si lasciò più libertà agli atti dei contendenti collo svincolarli dal rigorismo delle formole.

L'*actio per iudicis postulationem* è un'immediata istituzione delle XII Tavole (2). Noi non conosciamo quale sia stato il suo procedimento, la pagina delle istituzioni di Gajo che probabilmente ne trattava è andata perduta; solo ci si è conservato il nome, la for-

(1) Eaque actio (sacramenti) perinde periculosa erat falsi (iuris iurandi nomine? Huschke) atque hoc tempore periculosa est actio certae craeditae pecuniae propter sponsionem qua periclitatur reus si temere negat, et propter restipulationens, qua periclitatur actor si non debitum petat. Nam qui victus erat summam sacramenti praestabat poenae nomine, eaque in publicum cedebat. Gai IV, 13.

(2) Dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? nisi duram esse legem putas quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam poecuniam accepisse convictus est, capite punitur. Gell. XX, 1. Gaio nomina soltanto il *iudex*.

mula, e le prescrizioni dolle XII Tavole che definivano i casi nei quali era lecito di ricevere un giudice o arbitro.

Noi abbiamo già divisati in gran parte i diversi casi nei quali potea aver luogo la *judices postulatio* (Parte I, cap. IV, § 1), qui ne faremo quel cenno che la materia richiede. Immediatamente dalla legge Decemvirale era permesso la *judicis postulatio* nelle quistioni di confini e nelle questioni di eredità (1), nelle quali più cho una controversia di diritto (*lis*) trattasi di stabilire e di risolvere un rapporto già confuso (*jurgium*) (2), e pel quale richiedesi un giudice competente, fornito di conoscenze tecniche e che basi sull'equità lo sue decisioni. Secondo queste leggi era il Pretore autorizzato a concedere gli *arbitri* sopra il *damnum factum* e *infectum* (3), sulle quistioni tra tutore e pupillo (*rationibus distrahendis*) (4), sulle *falsae vindicae* in rapporto alla condanna del doppio dei frutti (5). E per le quistioni provienti da un contratto o quasi contratto che non fosse stata una *stipulatio*, o una *mancipatio*, fu ammessa la *judicis postulatio* in tutti quei rapporti in cui sulla buona fede e sulla *fiducia*, consegnavasi una cosa per essere a tempo determinato o indeterminato restituita: *uti ne propter te fidemque tuam captus fraudatusque siem*, oppure *uti inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.* (6). Si vegga, sull'estenzione ulteriore dei casi nei quali la *judicis postulatio* si estese, il § 1, sopra citato.

La *postulatio*, dovea contenere 1° la breve esposizione della lite secondo il suo fondamento, 2° lo scopo che volea asseguir-

(1) Nec Manilia lege singuli sed e XII tres arbitri finis regemus Cic. de leg. 1, 21. L. 1 pr. L. 43 D. fam. erc. X, 2. Cic. pro Caec. 7.

(2) Iurgium et lis hanc habent distantiam: iurgium levior res est, siquidem inter benevolos aut propinquos dissensio vel concertatio iurgium dicitur, inter inimicos dissensio lis appellatur. Nonius p. 430 seg. Benevolorum concertatio non lis inimicorum iurgium dicitur — Jurgare igitur lex putat inter se vicinos non litigare. Cic. de Repub. IV.

(3) L. 1, pr. D. si quadr. IX 1, L. 14, § 3 D. de praescrip. verb. XIX. 5. L. 22 § 2 D. de equa pluv. XXXIX, 4. L. 21 D. de statut. XL. 7.

(4) Cic. de orat. 1, 36.

(5) Si vindictam falsam tulit sive litis ..... (*Praetor*) arbitros tres dato, eorum arbitrio... fructus duplione damnum decidito. Lex XII Tab. T. XII, 4. Fest. V. *vindiciae*.

(6) Cic. pro Caec. 23, pro Rosc. 4, De off. III, 15 Top. XVII, 66.

si (1) 3° la domanda del Giudice. Di quest'ultima sola ci è stata conservata la formula: *Te Praetor Iudicem Arbitrumve Postulo Ut Des* (2). È strano che in questa *legis actio* non ostante la generalità della formula, e la *incerta res* sulla quale aggiravasi, pure era possibile una *plus petitio* cho seco traeva la perdita della lite.

§ 3.

LEGIS ACTIO PER CONDICTIONEM.

Creata la *judicis postulatio* per i diritti illiquidi e che offrivano qualche complicazione da non potersi sciogliere secondo il rigore della legge, il bisogno richiedeva che una procedura più sollecita, più speditiva, meno pericolosa per i litiganti si fosse introdotta nelle controversie di stretto diritto, che non fosso l'*actio sacramento*. In queste controversie, che pendevano dal rigoroso *si* o *no* del giudice, che trovavano già stabiliti i rapporti nella legge, secondo lo spirito dei tempi troppo gravoso cominciava a rendersi quel cumolo di formalità, di simboli, di pericoli derivanti dalla severa osservanza delle parole solenni. La leggo Silia intraprese la riforma in rapporto alle questioni *de certa credita pecunia* o *de certa pecunia*, riforma compiuta dalla legge Calpurnia in rapporto alle questioni *de omni certa re:* e ciò coll' introdurre la *legis actio per condictionem.*

La *legis actio per condictionem* in generale abbracciava le liti sopra un *dare oportare* nelle sue diverse figure; sicchè non solo la liquidità dell'obbietto determinava la forma del processo, sibbene ancora la causa dell'obbligazione e del debito. La sua formalità consisteva in una denunzia scambievole delle parti di com-

(1) Nella divisione dell' eredità era espresso per la formula *erctum, ciere*. Qui quibus verbis erctum cieri oporteat. Nesciat idem herciscundae familiae causam agere non possit. Cic. de Orat. I 56. « Citae metrum in diversa quadrigae. » Donatus hoc loco contra metrum sentit, dicens: « citae divisae » ut est in iure: « herit non cito », idest patrimonio vel hereditate non divisa. Non citus cum divisus significat *Ci* longa est. Serv. ad Aen. VIII, 642. Gell. I, 9.

(2) Valer. Prob. § 4, 8 Ediz. Mommsen. (20) Cic. de Orat. I, 36. Gai IV, § 60.

parire in un determinato giorno, che era il trentesimo, innanzi al magistrato per ricevere il giudice presso a poco nel seguente modo: *Quod te mihi HS. decem millia (fundum Cornelianum) ex testamento Lucii Titii dare oportet, eo nomine diem XXX quo ad judicem capiandum adsis, tibi dico*: cui l'avversario, negando il suo debito, dava la contro risposta con uguale provocazione (1). Quest'atto avea necessariamente luogo innanzi al magistrato, e quindi dopo la *in jus vocatio* la quale apriva in questo periodo le diverse procedure (2).

L'*actio per condictionem* può considerarsi come una sostituzione all'antico *nexum* e alla *manus injectio* a ragione di debiti (3), altri vogliono trovarvi un rapporto col diritto feriale per l'identità del nome desunto dal diritto sacro, le stesse solenni denunziazioni dell'attore, i trenta giorni concessi al reo, l'istesso giudizio non *ex aequo et bono sed ex stricto jure* (4).

(1) Condictio vocabatur, nam actor adversario denuntiabat ut ad judicem capiendum die XXX adesset. Gaj IV, 18. Condictum est quod in commune est dictum, Condicere est dicendo denuntiare, Conditio in diem certum ejus rei quae agitur denuntiatio. Fest. V. *condicere, Condictio*. La formula composta da Rudorff tt, § 23.

(2) Il Keller (§ 18, pag. 73) vuole che la *condictio* fosse stata un atto estragiudiziario; noi non possiamo convenire nella sua opinione, sì perchè il carattere delle azioni della legge richiede la presenza del magistrato, sola eccezione facendosi alla *pignoris capio* la quale *extra ius peragebatur* (Gaj IV 29), e sì ancora perchè il vantaggio di risparmiare un termine sopra la *legis actio sacramento* con questa estragiudizialità non è vero, giacchè anche nell'*actio sacramento* il giudice potea concedersi alla prima comparsa. Vedi Bethmann-Hollweg. § 44, n. 11.

(3) « Diese (condictio) scheint in einer Abkürzung des nach Abschaffung des *Nexum und der manus injectio* für Geldschulden eintretenden Ordinarverfahrens bestanden zu aben.» Rudorff. It, § 23. Ma pria di lui scrisse il nostro Vico: Per veras autem condictiones creditores cum debitoribus qui aut inficiarentur debitum aut cessassent, obtorto collo tractis *in suam condibant seu simul ibant*, ut ibi operis suo *nervo nexi* debita exolverent si autem creditores non poterant cum debitore, tum vel cum re sibi debita, et si ejus copia non erat cum debitori alia quae sibi satisfeceret condibant domum.... *Conditiones* postea dictae, *condictiones* a solenni denuntiatione diei qua de debitore solvendum aut in judicio sistendum esset ». (de uno univ. jur. princ. *cap.* 100.)

(4) Schmidt. de orig. leg. act. 40-43.

Innanzi al Magistrato era libero all' attore o di compiere direttamente la *Condictio* o di tentare la soluzione della lite per mezzo del giuramento, (*jusjurandum deferre*).

In quest' ultimo caso, se il reo rifiutavasi o non deferiva il giuramento all'avversario, la cosa si riteneva per giudicata, e il Pretore era autorizzato di far procedere all'esecuzione; del falso giuramento nulla era a temere, per le pene minacciate e per la perdita almeno dell' onore cittadino. Nel primo caso ambidue i contendenti provocavansi ad una *sponsio* e *restipulatio*, sostituzione immediata del *sacramentum*, colla differenza che la perdita della scommessa non cadeva più allo Stato bensì al litigante vincitore, e che l'importare della stessa non si misurava dalle due regole inalterabili di quello, ma dal valore della lite, nella quale perdevasi la terza parte della somma per la *pecunia certa credita* e la metà per la *pecunia costituta* (1).

Abbenchè nelle Istituzioni di Gajo nulla si dica dell'elemento della *stipulatio* e *restipulatio* subbentrata in quest'azione al *sacramentum*, non è a meravigliarsene per le lacune che offre il manoscritto; eppure è facile il desumerlo dal giurecunsulto stesso là dove ci fa conoscere che nel periodo formulario delle azioni della legge essendosi create diverse finzioni, nessuna formula fu espressa *ad condictionis fictionem* per il carattere reale e non simbolico che essa presentava (2), onde tutta intiera senza modificazione di sorta passò nel sistema formulario; e se troviamo in questo l'elemento della *stipulatio* e *restipulatio* ei fa d'uopo di riferirne l'esistenza al periodo antecedente.

I vantaggi di quest' azione a preferenza del sacramento consistevano, non già nella brevità dei termini, ma nella sua semplicità processuale districata da ogni simbolismo e da ogni pericolo di forma; nell'accordare ai contendenti un termine di trenta giorni nel quale avessero potuto ammanire tutti gli elementi probatori, il che talvolta non si concedeva nel *sacramentum* rimandandosi le parti subito al giudice con grave pregiudizio del reo. Un altro vantaggio ritraevasi dal riordinamento della scomessa tanto rispetto al suo ammontare, quanto rispetto al godimento della stessa.

(1) Gaj IV, 13, 171.

(2) Sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, nec ullam adjungimus condictionis fictionem. Gaj IV, 33.

Una legge Calpurnia estese quest' azione alle controversie *de omni certa re* delle quali fosse liquidamente costato il *quid*, *quale*, *quantum*. Non havvi diversità di procedimento; però da nessuna fonte, sia immediatamente, sia mediatamente risulta l'esistenza di una *sponsio penalis*, e la quale o dovrebbe per analogia supporsi o si dovrebbe pensare a qualche altro elemento simile, cho avesse facilitato il passaggio dal *jus* nel *judicium*. Il piccolo deviamento nasceva dalla natura dell' obbietto litigioso, il quale essendo non una somma, ma una cosa certa, doveva alla sentenza seguire un *arbitrium litis aestimandae* per farne una riduzione in danaro (1).

§ 4.

LEGIS ACTIO PER MANUS INJECTIONEM.

L'*actio per manus iniectionem* è un modo processuale esecutivo, per il quale manifestamento appare come l'uso dell'autorità privata fosse stato negli antichi tempi il mezzo più efficace a soddisfare le proprie ragioni. Anche dopo la sanzione delle XII tavole spesso incontra l' esercizio di questa autorità sulla persona del debitore, la quale, sola, da per se stessa, e indipendentemente dei suoi beni, era l'oggetto diretto dell'obbligazione agli occhi del creditore. La civiltà dei tempi a quest'autorità privata altra modificazione in sul principio non seppe arrecare che il dovere da parte del creditore di condurre innanzi al magistrato il reo, e da lui chiedere la legitimazione del suo atto privato col farsi addire solennemente l' avversario come schiavo.

Questa esecuzione non altrimenti potea aver luogo, che per un debito liquido risultante da confessione del debitore, o da sentenza del giudice; inoltre per un debito la cui liquidatà fosse costata fin dalla sua origine e che fosse stato fondato sopra il *nexum* nel suo vero senso colla reale consegna in prestito di una somma pesata, o, più tardi, consegnata, colle solenni formalità del pezzo di metallo, della bilancia e delle parole corrispondenti al prestito (2). Qualunque altro atto esecutivo colla *manus iniectio*,

(1) L. 3, 4. D. de condict. trit, XIII, 3. L. 2, pr. D. de eo quod certo loco. VIII, 4.

(2) Nexum Manilium scribit, omne quod per libram et aes geritur in

che non avesse avuto questi fondamenti è da riguardarsi come privilegio introdotto da leggi speciali.

In questo processo esecutivo, il creditore incontrando in qualsiasi luogo il suo debitore, lo afferrava per una parte qualunque del corpo, traducendolo innanzi al Re, indi al Magistrato col dichiarare la causa del suo credito, l'importo, il non eseguito pagamento e quindi colla formula solenne eseguire la *manus injectio:*

> *Quod tu mihi judicatus es sestertium X Millia*, *quae dolo malo non solvisti ob eam rem ego tibi sestertium X millium judicati manus iniicio* (1).

Il debitore non potea da se respingere questa violenza, (*manum sibi depellere*); però se avesse voluto anche una volta opporsi alle pretensioni del suo avversario, essendo già constatata la sua mala fede, ed egli stesso essendo l'obbietto dell'esecuzione, non eravi altrimenti facoltato che per la presentazione di un *vindex*, il quale fosse entrato mallevadore per lui con ogni responsabilità personale, ne avesse assunto la difesa, e nell'eventualità di una dichiarazione sfavorevole al reo si fosse obbligato al pagamento del doppio della lite (2).

Quantunque la *manus injectio* fosse stata ordinariamente permessa contro i giudicati, onde si disse *iudicati manus injectio;* pure essa fu estesa, per come abbiam detto, contro i debitori di una somma avuta *per aes et libram*; e dopo le XII Tavole da leggi speciali si portò ad altri casi, p. e. dalle leggi Furia e Publilia si diede allo *sponsor* per il rimborso del suo *deponsum* contro colui per il quale avea egli pagato senza esserne fra sei mesi soddisfatto, e allo *sponsor* contro colui che avesse riscosso da lui *plus quam civilem partem*, e così in altri (3). Producendo qui la *manus iniectio* gli

qno sint mancipia. Mucius, quae per aes fiant *ut obligentur*, praeter quae mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit de quo quaeritra; nam idem quod obbligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Varro de LL. VII, 5.

(1) Gaj. IV, 21.

(2) Assidio assiduus vindex esto, proletario quisque volet vindex esto. L. XII Tab. I. 4. Nec licebat judicato-pro se lege agere sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat, qui vindicem non dabat, domum doducebatur ab actore et vinciebatur. Gaj IV, 21. Sulla penale del doppio Vedi Gaj. IV, 171. Paul. Sent. V. 5ª, § 7, 8.

(3) Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro judicato ma-

stessi effetti di un giudicato o di una confessione, avvegnachè nè l'uno nè l'altra fossero esistiti, fu detta *pro iudicato manus iniectio*, e nella formula si aggiungeva: *ob eam rem ego tibi pro judicato manum inicio*.

Si andò ancora più innanzi, e questo procedimento si permise da leggi speciali, per altri casi come *manus injectio pura*, cioè senza rapporto col giudicato, e quindi colla semplice addizione nella formula: *ob eam rem ego tibi manum inicio;* esempi di questa *manus injectio* sono *l'actio* contro colui *qui legatorum nomine mortis causa plus mille assibus caepisset* della legge Furia, e *l'actio adversus foeneratiores de usuris reddendis* della legge Marcia (1).

Nella *manus injectio pro judicato* rimase l'obbligo del *vindex* e il pericolo del *duplum* per liberarsene; nella *manus injectio pura* rimase quest'ultimo, ma non fu necessario il *vindex*, perchè poteva il debitore *manum sibi depellere et pro lege agere* (2) sia colla procedura del *sacramentum*, sia colla *judicis postulatio*.

In tutti i casi di queste tre figure della *manus injectio* si presuppone sempre una *certa pecunia* quale obbietto dell'obbligazione; ma un'ulteriore estensione pare che abbia avuto luogo pei casi nei quali era mestieri di una *taxatio*, così nell' *actio damni injuriae ex lege Aquilia* (3).

Ci fa meraviglia nella storia della romana legislazione, come questo barbaro procedimento siasi sempre più esteso a tenore della progrediente civiltà, e in virtù di leggi tutte speciali. La legge Valeria nel 412 venne ad abolire tutti questi privilegi, tutte queste protrazioni della *manus injectio* che ridusse ai pochi casi originari, all' *actio* cioè *judicati*, e *depensi*, ad esclusione anche dei casi provenienti dal *nexum* (4). Eppur questo fu un passo che nel

nus injectionem in quosdam dederunt, sicut lex Publicia in eum pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset non solvissel sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu adversus eum qui a sponsore plus quam civilem partem exigisset, et denique complures aliae leges in multis causis talem actionem dederunt. Gaj IV, 22.

(1) Caj IV, 23.

(2) Id. IV, 24.

(3) L. 2, pr. § 1. L. 27, § 5. D. ad Leg. Aquil IX, 2.

(4) Sed postea lege Valeria excepto judicato et eo pro quo depensum est, ceteris omnibus cum quibus per manus iniectionem agebatur per-

441 aprì la strada alla gran legge umanitaria del Dittatore C. Petelio, il quale da una parte addolcì le pene degli arrestati per debiti, riserbando i vincoli (*nervi et compedes*) solo per le pene criminali; e dall'altra, ordinando la libertà di quanti per privata esecuzione trovavansi schiavi dei loro creditori, e ciò contro giuramenti di dover soddisfare appena l' avessero potuto, vietò per l'avvenire sotto qual pena non sappiamo, qualunque privata esecuzione sulla persona dei debitori (7).

§ 5.

LEGIS ACTIO PER PIGNORIS CAPIONEM.

Che la *pignoris capio* avesse dovuto annoverarsi tra le azioni della legge era dubbio ai tempi di Gajo; perocchè se facevasi da una parte con solenni parole, dall'altra *extra jus peragebatur*, era cioè un atto tutto estragiudiziale, compivasi spesso senza la presenza dell'avversario in tutte le azioni della legge indispensabile, ed era talora lecito di esercitarlo in un giorno nefasto, *quo non licebat jure agere*. Purnondimeno va annoverata tra le azioni della legge per le solenni parole della formola, solennità alla quale improntavasi il carattere di esse.

Anche quest'azione scolpitamente esprime l'arbitrio e l'autorità privata per far valere il diritto. La consuetudine di cui parla Gaio è troppo recente e ingentilita, sente del carattere militare e re-

missum est sibi manus depellere et pro se agere: itaque judicatus et is pro quo depensum est etiam post hanc legem vindicem dare debebant et nisi darent domum ducebantur. Istaque quamdiu legis actiones in usu erant semper ita observabantur. Gaj IV, 25.

(7) Omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum. Cic. de Rep. II, 34. Iussi consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxiam meruisset — in compedibus — teneretur, pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur. Liv. VIII, 28. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat (dat) dum solveret nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Popillio auctore, Sillo Dictatore sublatum ne fieret; et omnis qui bonam copiam jurarunt, ne essent nexi, dissoluti. Varr. de LL. VII. 105.

ligioso, ma non ci porta alla vera origine della *pignoris capio*. Le due sorgenti per soddisfare il diritto presso i popoli che non possiedono un regolare ordinamento giudiziario sono, primo la persona del debitore della quale assicuratosi il creditore è anche sicuro dei suoi beni, in secondo luogo questi beni medesimi. Non havvi via di mezzo, il creditore che non trova il suo debitore perchè fuggiasco o latente mette mano ai suoi beni; non può eseguire la *manus injectio?* così fa la *pignoris capio*, porta seco a casa la cosa dovuta o l'equivalente e ne diviene vero possessore come vero possessore è del suo diritto. È notabile, mentre tutte le altre azioni della legge sottostanno all'influenza di un magistrato che limita il privato arbitrio, nella *pignoris capio* il magistrato sparisce, e la legge, se limita i casi, non dà veruno provvedimento riguardo alla restrizione dell'autorità privata: ciò almeno in origine.

La, *pignoris capio*, poteva avvenire, dice Gaio, o per consuetudine o per legge.

Appartenevano alla prima specie: 1° l'*aes militare* corrispondente allo stipendio che il milite ricever dovea dal tribuno dell'erario (1); 2° l'*aes aequestre* che il cavaliere riceveva da determinate persone per l'acquisto dei suoi cavalli (2); 3° l'*aes hordearium* o il danaro destinato alla compra dei foraggi (3).

Alla seconda specie appartenevano: 1° il prezzo per la compra di un'*hostia* contro colui che non l'avesse soddisfatto; 2° il prezzo della locazione di un'animale da soma (*pro jumento*) contro colui che lo avesse locato *ut inde pecuniam acceptam in dapem idest in sacrificium impenderet* (4), e ciò per disposizione delle XII Tavole; 3° in virtù della *lex praediatoria (Plaetoria, Numitoria?)* fu concessa la *pignoris capio* al Pubblicano contro i debitori delle imposte pubbliche da lui comprate dallo Stato (5).

(1) Gaj. IV, 27. Gell. XX, 1.

(2) Fest. V. *Equestre*, *Pararium*. Liv. I, 43. Cic. de Rep. II, 20. Gaj. Id.

(3) Fest. V. *hordiarium*.

(4) Gaj. IV, 28.

(5) Gaj. Id. Cic. Verr. III, 11, vedi *Lex Municipalis Malacitana* cap. 64.

CAPO IV.

Sistema formulario in generale.

Le azioni della legge eminentemente quiritarie, circondate da solennità, da sottigliezze, da simboli e da un rigorismo reso oramai insoffribile, eran venute in odio alla moltitudine, e nella coscienza giuridica altri mezzi più semplici e più spediti si eran maturati per la difesa del diritto. Nello svolgere l'antecedente periodo l'abbiamo chiaramente osservato, come la procedura negli atti dei contendenti si fosse andata sempre più semplificando fino a condurci quasi là dove comincia la formula pretoria. Era ciò un bisogno dei tempi, che smettevano la soggezione al dominio puro religioso e si rendevano più civili con indipendenza e lineamenti propri di caratteri; era quindi un bisogno del diritto che sfuggiva anch'esso dalle mani dei pontefici per affidare le sue sorti a quell'organo meraviglioso di tutta la romana giurisprudenza, al Pretore.

Le azioni della legge che fino alla creazione della Pretura Urbana furono un monopolio e un mistero dei sacerdoti, per una legge Licinia si congiunsero all'*imperium mixtum* del magistrato romano, e colla pubblicazione del diritto Flaviano (450) inserironsi nell'editto (1), vi si aggiunsero altre nuove forme suggerite dei bisogni, e nell'insieme costituirono il diritto Eliano (550) dal nome del suo autore (2). Con questa rivoluzione di tempi e di poteri nei rapporti dei privati interessi, nella custodia e nell'insegnamento del diritto sarebbe stato fuor di stagione il mantenersi più lungamente in vigore l'antico sistema. La legislazione esser dee l'espressione della coscienza giuridica del secolo, e la legge Ebuzia (502) seppe attuare questo principio sostituendo alle

(1) Civile jus, repositum in penetralibus pontificum evulgavit, fastosque circa forum in albo proposuit, ut quando lege agi possit sciretur. Liv. IX, 46.

(2) Augescente civitate quia deerant quaedam genera agendi — Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit. L. 2, § 7. D. de Orig. Iuris. I, 2.

legis actiones i mezzi pretori, e quindi confinando quelle nella sfera delle eccezioni (1). Le due leggi *Iuliae iudiciariae*, riorganizzando tutto il sistema giudiziario, restrinsero l'uso delle azioni della legge alle cause centumvirali e all'*actio damni infecti* innanzi al Pretore (2).

Il nuovo sistema non fu certamente una creazione delle leggi testè cennate, lo spirito romano pratico per eccellenza avrebbe abborrito da qualsiasi novità se non ne avesse avuto pria le pruove di sicuri risultati. Quindi le formnle esister dovettero pria che la legge le avesse prescritto; qnindi la necessità di nn procedimento formulario fuori del campo del diritto civile. Da una parte i giudizi *quae imperio continentur*, e dall'altra le cause tra cittadini e stranieri innanzi al magistrato peregrino, eran più che sufficienti a render desiderato questo nuovo sistema a preferenza del primo. In quest'ultimi giudizi, non era questione di diritto, perchè il diritto era eminentemente quiritario; non di romana procedura, perchè le solennità e i simboli componevano parte sostanziale del diritto civile; il diritto quindi estraevasi dal fatto per opera dello stesso magistrato, la procedura era da lui ordinata con parole semplici e senza guardar troppo per il sottile; le parti comparse innanzi a lui esponevano le proprie ragioni, ed egli assegnava loro i gindici ch'erano probabilmente i *recuperatori*, i quali sulla formula rilasciata dal magistrato instituivano le loro ricerche, *assolvevano* e *condannavano*. Questo procedimento breve e semplice tra romani e stranieri dovea di conseguenza far nelle contestazioni fra cittadino e cittadino sorgere il bisogno di averne un simile, il suo valore pratico non potea sfuggire alla legislazione.

Il carattere di questo nuovo procedimento, e la sua differenza coll'antico consiste in ciò, che in quest'ultimo l'intiera *legis actio* era tutta una serie di atti solenni dei litiganti e tutto ciò che essi facevano andava a loro rischio; la persona del magistrato

(1) Cum — omnis illa duodecim tabularum antiquitas, nisi in legis actionibus centumviratium causarum, lege Aebutia lata, consopita sit, studium scientiamque eo prestare debeo juris et legum vocumque earum quibus utimur. Gell. XVI, 10.

(2) Per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae leges actiones — tantum ex duobus causis permissum est lege agere, damni infecti et si centumvirale judicium fit. Gai. IV, 30, 31.

era intieramonte passiva, egli assisteva agli atti come il parroco nel matrimonio cattolico, il giudico, sulla semplice *forma legitima* delle parti decider dovea su quanto erasi operato *in jure:* nel primo però i contendenti, colla massima libertà limitavansi dopo l'esposto delle loro preteso a dimandare la *formula* (*verba concepta*) che dovea il magistrato stesso concepire e in essa indicare il punto del diritto, nominare il giudice, ordinare l'assoluzione o la condanna qual risultato delle ricerche di fatto e del condizionante *si paret, si non paret.* Sicchè tutto il procedimento *in jure* circoscrivevasi nel come erasi da concepire la *formula*, intorno questa opponevasi il pro e il contro dai litiganti a secondo le loro pretensioni, e senza solennità veruna di parole.

Non già che il pretore avesse dovuto in ogni singola contestazione comporre una formula sempre nuova: egli distribuiva per l'ordinario le formule in classi speciali le scriveva nell' *albo* e pubblicavale nel foro. I litiganti scieglievano quell'una che avesse loro fatto bisogno, vi arrecavano le opportune modificazioni, e quindi ne impetravano dal magistrato l'autorizzazione. Nei casi gravi solamente, o in quelli nei quali impossibile era di adattare una formula registrata nell' Editto, il Magistrato in virtù del suo potere creavane una nuova.

§ 1.

SPONSIO.

Un elemento nuovo che determina il passaggio delle azioni della legge alla formola del magistrato s'è appunto la *sponsio.* Questa figura intermedia tra l'uno e l'altro sistema serve a facilitare non solo questo transito, ma a farla ancora da surrogato all' *actio sacramento* in quel periodo che interceder dovette tra l'abolizione di esso e lo stabilirsi della formola.

La *sponsio* non è in se che un atto giuridico unilaterale sotto forma della *stipulatio: spondes? spondeo*, e fin da tempi remoti adoprata la troviamo nella vita pubblica e privata dei romani per determinare o creare dei rapporti giuridici, o per ridurre sotto il dominio del civile procedimento dei fatti, che stati sarebbero diversamente di ordine pubblico (1). Non è come forma solenne

(1) Vedi Keller § 26 nota 307, Stintzing, Ueber das verhältniss des

di diritto che la *sponsio* trova il suo posto nel sistema giudiziario; sibbene qual organo processuale, qual mezzo necessario per giungere alla dichiarazione formale di un diritto posto già in dubbio o negato da uno dei contendenti. E in quest' ufficio la vediamo già in vigore anche nel periodo delle azioni della legge per quei rapporti non compresi nel sistema delle azioni.

A bene apprezzare la natura della *sponsio* ci convien riguardarla nella sua dupplice caratteristica sotto la quale si manifesta o come *penale* e *pregiudiziale* insieme, o come puramente *pregiudiziale*. Qualora la *sponsio* oltre alla perdita del diritto che si voleva per ossa dichiarata, avesse cagionata la perdita della somma promessa, vestiva allora il carattere della penalità e del pregiudizio; e quindi siccome ingiusto sarebbe stato che l'una delle parti ne avesse goduto tutto il vantaggio e corso tutto il pericolo l'altra, così necessario era che le si avesse fatto corrispondere la *restipulatio*, rapporto inverso alla *sponsio*, per il quale il creditore ipotetico costituito dalla *sponsio*, diventava debitore. Che se la *sponsio* tendeva al semplice conseguimento del diritto controverso, senza incorrere la parte promittente nella penale, presentava allora il carattere puramente pregiudiziale, e quindi non era mestieri dol rapporto inverso della *restipulatio* (1).

Era la *sponsio praeiudicialis* come organo processuale un surrogato del sacramento. E per vero, siccome colla *sponsio* si giungeva a un giudizio non principalmente sull'obbietto litigioso, ma sulla *summa sponsionis* in virtù del quale giudizio restava assolutamente pregiudicato il diritto; così col *sacramentum* il giudizio si dirigeva sulla *summa sacramenti*, sulla giustizia o ingiustizia della scommessa (2). Bisogna però giusta le fonti ammettere delle

legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praeiudicialis, pag. 43-46.

(1) Per sponsionem vero hoc modo agimus; provocamus adversarium tali sponsione: *si homo, quo de agitur, ex iure quiritium meus est sestertios XXV nummos dare spondes?* deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus si probaverimus rem nostram esse. Non tamen haec summa sponsionis exigitur: nec enim poenalis est sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur: unde etiam is cum quo agitur non restipulatur. Gai. IV, 93, 94.

(2) Tutta la monografia dello Stintzing testè citata tende a rovesciare

differenze tra l'*actio sacramento* e la *sponsio*, in quanto che il sacramento è fatto da ambidue i contendenti, la *sponsio praeiudi-*

dell'intutto ogni rapporto e ogni analogia tra l'*actio sacramento* e la *sponsio*. A ciò conseguire si sforza egli di dimostrare falso il concetto che nell'*actio sacramento* siasi il giudizio principalmente agirato sulla scommessa. Egli vorrebbe che obbietto del giudizio fosse stato meglio che il *sacramentum* la cosa stessa litigiosa. L'egregio professore di diritto romano a Bonn, volendo ricostituire snatura il concetto dell'*actio sacramento*: se la cosa litigiosa stessa è obbietto del giudizio, dove consiste più la caratteristica del *sacramentum* come organo processuale? se il sacramento non è che una semplice multa, perchè l'azione si specifica da questo nome, e perchè il sacramento è una forma generale nel sistema delle azioni della legge? I passi citati a pagina 38 dallo Stintzing ad evidenza dimostrano la nostra tesi, meglio che non facciano il senso ch'egli loro affibia, tranne che per amore delle troppe sottigliezze non vogliansi smarrire le regole dell'interpretazione e della sintassi.

Il nostro scrittore si riporta a diverse citazioni specialmente di Gaio, nelle quali si dice che nelle antiche azioni della legge veniva in giudizio la stessa cosa litigiosa; ma nessuno nega che tutte le formalità dell'azione per sacramento si eseguivano intorno all'oggetto controverso, e che infine il diritto era soddisfatto colla consegna della cosa, a differenza del sistema formulario che la *condemnatio* dovea cadere sopra una *pecunia*, ma ciò non toglie che si fosse venuto al conseguimento del diritto in modo indiretto: il sacramento è l'organo processuale; tutto ciò che lo precede e le conseguenze che ne derivano possono essere simboli eseguiti sulla cosa contrastata e soddisfazione del diritto colla cosa stessa. Che nell'*actio sacramento* fosse intervenuta una *condemnatio* per nulla risulta da Gaio IV, 48; il giureconsulto non altro dice, che l'obbietto finale della lite nel sistema formulario si era una pecunia e quindi su questa il giudice condannava, *non in ipsam rem sicut olim fieri solebat;* ma che cosa soleva una volta succedere? forse una *condemnatio* nell'*actio sacramento?* Nelle XII Tavole è detto *post meridiem praesenti litem addicito,* più che una *condemnatio* adunque una volta aveva luogo la *litis addictio,* l'aggiudicazione della cosa controversa probabilmente dietro essere stato profferito *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit.* È vero che la legge dispone nel caso dell'assente contumace, ma non è difficile il dedurre la *litis addictio* nel caso della presenza di ambidue le parti a quello dei contendenti che fosse risultato aver fatto un sacramento giusto. È sotto questo punto di vista che bisogna secondo noi interpretare Gaio, e quindi intendere in senso proprio la parola

cialis, da un solo; la somma del sacramento cade all'erario mentre l'ammontare della *sponsio* non si paga; la *summa sacramenti* è determinata dalla legge, la *summa sponsionis* dall'arbitrio delle parti e dalla quantità e natura dell'obbietto litigioso; le quali differenze se dimostrano non essere la *sponsio* un' avanzo dell' *actio sacramento*, non tolgono che per la sua natura pregiudiziale sia in rapporto con quest'azione e l'abbia fatto da surrogato alla stessa.

Com' organo processuale la *sponsio* non è un' atto volontario delle parti, ma è comandata dal magistrato, e i contendenti devono di necessità eseguirla se vogliono pervenire al conseguimento del loro diritto. Questo carattere non può disconoscersi, come fa lo Stintzing; bisognerebbe altrimenti perdere ogn' idea sulla natura del procedimento, ch' essendo di ordine pubblico la volontà delle parti non vi esercita nessun'influsso, o bisognerebbe negare il carettere processuale della *sponsio* come appunto avviene del nostro autore (1).

La *sponsio* nel sistema formulario dava luogo allà formula *qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere* per mezzo della quale la controversia si deduceva in giudizio. Nel sistema delle azioni della legge, mancando l'uso della formula la lite immediatamente passava in giudizio colla semplice *addictio iudicis* (2).

L' uso della *sponsio* può riferirsi o agl' incidenti di una lite o all' obbietto stesso del procedimento; sicchè la questione pregiudiziale, attacca o un punto qualunque dell' istanza, o la natura del diritto in forma di azione o di eccezione che sia.

condemnat in rapporto al sistema formulario, io senso improprio in rapporto al *sacramentum*. Inoltre noo si può supporre che Gaio abbia solamente alluso all' *actio per condictionem* e *per iudicis postulationem*, dovendo essere indubitato ai suoi tempi che nel sacramento non interveniva coodanna ?

(1) Sie (die Sponsio) ist ein Contract wie jeder andere, eine Thatsache, aus welcher eio Recht hergeleitet, ein Rechtsgrund, der wie jeder andere im Processe geltend geoacht verden kann : allein *sie ist keine Rechtsbehaptung und daher keine Form der Geltendmachung eines Rechts*, pag. 57.

(2) Keller, § 27, Rudorff, II, § 28, n. 14.

CAPO V.

Elementi ordinarî della formula.

Le parti che compongono la formula si distinguono in ordinarie e straordinarie: a quest'ultima categoria appartengono le *praescriptiones* e le *excepitiones*, alla prima, la *demonstratio, l'intentio, l'adjudicatio*, la *condemnatio*. Non tutte queste parti però devono necessariamente concorrere in ogni formula; secondo la natura del diritto possono trovarvesene più o meno, fino alla sola *intentio* (1).

Degli elementi ordinari della formula, i primi due vengono concepiti dall'attore perchè a lui tocca il proporre e il dimostrare il suo diritto, gli altri contengono le disposizioni del magistrato, il quale ordina al giudice di dirigere sul contenuto dell' *intentio* e dalla *demonstratio* le sue ricerche e secondo la conformità o difformità dei risultati assolvere o condannare.

La *demonstratio* è una breve esposizione del fatto dal quale l'attore deriva il suo diritto (2), per esempio: *quod A.s N.° fundum Cornelianum (hominem, Stichum) vendidit, qua de re agitur; quod A.s de N.° incertum stipulatus est q. d. r. a.; quod A.s apud N.m hominem deposuit q. d. r. a; quod A.° pugno mala a N.° percussa est. q. d. r. a.*

L'*intentio* si è la conclusione presa dall'attore riguardo all'obbietto preciso del suo diritto del quale domanda il riconoscimento (3) p. e: *si paret N.m A.° HS. X. M. dare oportere; si paret*

(1) Non tamen istae omnes partes simul (*in omnibus formulis*) inveninntur, sed quaedam inveniuntur, quaedam non inveniuntur: certe intentio aliquando sola invenitur, sicut in praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur, aliquis libertus sit, vel quanta dos sit, et aliae complures; demonstratio autem et adjudicatio et condemnatio nunquam solae inveniuntur; nibil enim omnino demonstratio sine intentione vel condemnatione valet; item condemnatio vel adjudicatio sine intentiono nullas vires habet; ob id nunquam solae inveniuntur. Gaj. IV, 44.

(2) Demonstratio est ea pars formulae, quae ideo inseritur ut demonstretur res de qua agitur. IV, 40.

(3) Intentio est ea pars formulae qua actor desiderium suum concludit. Gaj. IV, 41.

hominem Stichum ex Jure quiritium A.i esse; Quidquid paret N.m A.° dare facere oportere; quantae pecuniae paret dolo malo, familiae N.i vi hominibus armatis coactisve damnum datum esse A.;° si paret eam rem q. d. a. ab eo cujus in bonis tum fuit, A.o pignori obbligatam.

L'*adjudicatio*, è quella parte della formula, per la quale vien dato al giudice il potere, in un'azione divisoria di attribuire ad uno dei soci la cosa avuta in comune sia tutta sia in parte, talvolta libera, talvolta gravata d'una prestazione da farsi all'altro socio, p: e: *quantum (alteri ab altero) adjudicari (quantive alterum ob eam rem condemnari) oportet. judex (alteri, Titio, extraneo) cui oportet, adiudicato.*

La *condemnatio* è l'ordine dato al giudice di assolvere o di condannare (1) secondo il risultato delle sue ricerche, p: e: *Judex N.m A.o HS. X M. condemna, si non paret absolve; quanti ea res est (erit, fuit) condemna s. n. p. a.* (2).

§ 1.

INTENTIO, DEMONSTRATIO, CONDEMNATIO

Conosciuta la natura dei singoli elementi ordinari dei quali la formula risulta, ci rimane a discorrere delle specialità che si riferiscono all'*intentio*, alla *demostratio* e alla *condemnatio*, degli errori che possono in esse incorrere e dei pregiudizi che ne derivano per il diritto.

In ordine all' *intentio* assai importa il conoscere se la formula sia *in jus* o in *factum concepta*, cioè se si riferisca a un diritto che abbia il suo mediato o immediato fondamento nella legge dalla quale deriva l'*actio*, o se si tratti di un fatto che non ha un rapporto nella legge, ma che conformemente al principio dell'equità e secondo le circostanze che l'accompagnano, dà origine a un'azione dell' attore in virtù della *jurisdictio praetoris*, vale a dire del comando dato al giudice di dirigere le sue ricerche, non sulle basi del *jus quiritium*, bensì del diritto stesso dal magistrato concepito

(1) Gaj. IV, 43.

(2) Sulle diverse formule riportate nel testo vedi Rudorff II, 20 Keller § 39. Gai, IV, 40-43.

nella formula (1). Nel primo caso l'*intentio* è distinta dalla *demonstratio;* perocchè innanzi tutto fa d'uopo piantare la questione di diritto e questa distinguere del fatto, p. e.

Iudex esto. Quod A.s apud N.m mensam argenteam deposuit qua de re agitur.

Quidquid ob eam N.m A.o dare, fecere, paret oportere, ex fide bona ejus,

Iudex, N.m A.o condemnato, nisi restituat, si non paret absolvito.

Non così nel secondo caso in cui impossibile riesce la separazione di questi due membri; giacchè non trattandosi che di una pura quistione di fatto senza la presupposizione dell'appoggio della legge, esponendo questo fatto necessariamente dichiarasi l'*intentio*, p. e.

Recuperatores. sunto. Si paret illum patronum ab illo (illius) patroni liberto contra Edictum illius praetoris in ius vocatum esse. Recuperatores, illum libertum, illi patrono HS. X, M. condemnate, si non paret absolvite.

Iudex esto. Si paret A.m apud N.m mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N.i A.° redditam non esse.

Quanti ea res erit tantam pecuniam, judex, N.m A.° condemnato, si non paret absolvito.

Nè di minore interesse è il conoscere se l'*intentio* sia concepita *in rem* o in *personam,* cioè se il diritto sia di natura reale o personale; perocchè nell'ultimo caso porta essa l'indicazione del debitore, p. e.

Si paret N.m A.o HS. X. M. dare oportere.

non così però nel secondo p. e.

Si paret hominem Stichum ex jure quiritium A.i esse.

Si paret fundum de quo agitur ex jure quiritium A.i esse.

(1) Sed eas quidem formulas in quibus *de jure* quaeritur *in jus conceptas* vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquod ex jure quiritium aut nobis dare oportere aut pro fure damnum decidere oportere, in quibus juris civilis intentio est. Ceteras vero *in factum conceptas* vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae judici damnandi absolvendive potestas datur. Gaj. IV, 45, 46.

Solo un'eccezione si fa per l'*actio negatoria*, la quale sebbene *in rem actio*, pure nell'*intentio* viene espressa la persona del reo, e ciò perchè il fondamento del diritto è indicato per indiretto, cioè colla negazione del diritto presunto del reo, p. e.

Si paret N.° jus non esse invito A.° per locum illum A.^i ire, agere.

Si paret A.° jus non esse invito N.° per fundum d. q. a. aquam ducendi.

Si paret N.° jus non esse aedes suas altius tollere invito A.° neque ea res arbitrato tuo restituetur, ecc.

Inoltre le formule *in rem conceptae* son sempre di *una cosa certa* espressa come tale nell'*intentio;* quelle *in personam conceptae* sono allora soltanto di una cosa certa quando trattasi di una somma determinata o di un determinato obbietto, e in questo caso son concepite sopra il *dare oportere*, p. e.

Si paret N.^m A.° HS. X M. dare oportere.

in ogni altro caso son concepite sopra il *dare facere oportere*, p. e.

Quidquid ob eam rem N.^m A.° dare facere oportet.

All'*intentio* di una *certa res*, sia che si tratti di un'azione personale sia di un'azione reale, si rannoda la dottrina della *plus petitio*, conseguenza dell'antica procedura coll'*actio sacramento*, e della formula stessa da cui il giudice non puossi distaccare. L'attore è libero certamente di chiedere quella somma e nella quantità che gli attalenta; egli ha però da esporre il suo *fundamentum agendi* sul quale concepisce l'*intentio*, e secondo il quale il magistrato comanda al giudice di assolvere o di condannare. Or se questi dietro le disquisizioni fatte trova che il *petitum* dell'attore sia superiore al *petendum* che per diritto gli si avrebbe dovuto, se a vece di cento si avesse dovuto domandar cinquanta, ne siegue che il giudice deve assolvere il reo, e che quindi il diritto dell'attore è irreparabilmente perduto (1), e ciò perchè il giudice dovendosi tenere stretto il comando del Magistrato non può attribuire all'attore il di più domandato, nè tampoco il meno. La *plus petitio* in quattro modi può effettuarsi, *re, loco, causa, tempore. Re*, quando la somma domandata quantitativamente è maggiore a quella in realtà dovuta, o quando si chiede l'intiero invece della parte.

(1) Si quis intentione plus complexus fuerit causa cadit, id est rem perdit. Gaj. IV, 53.

Loco, quando la soddisfazione del diritto domandasi in un altro luogo che quello stipulato, o si tace questo e l'*intentio* si redige pura e semplice in un paese diverso dal sito della stipulazione. *Causa*, quando per rispetto alle modalità p. e. in un'obbligazione alternativa, in cui la scelta compete al creditore, l'*intentio* si concepisce di una sola cosa; o, se avendosi stipulato il genere, si chiegga la specie. *Tempore*, quando si domanda *ante diem vel conditionem* (1).

Non è però una *plus petitio* quando *aliud pro alio intenditur*, ond'è che l'attore non perde nè il diritto nè l'azione; ma solo il procedimento che gli è lecito di bel nuovo riprendere (2).

L'attore può domandare, a vece dell'intiero, una parte della somma o dell'obbietto, quindi la *minus petitio*. Egli in tal caso non perde il diritto sopra il residuo; ma non gli è permesso di pretenderlo sotto la stessa pretura per l'eccezione dilatoria della *litis dividuae* che il reo gli opporrebbe: deve perciò rassegnarsi ad attendere che entri il nuovo magistrato in ufficio (3).

Un membro integrante dell' *intentio* e della *demonstratio* si è la *designatio*, l'esatta indicazione della persona, dell'obbietto litigioso secondo i suoi confini, le sue parti, il peso, la misura, l'origine, tutte quelle qualità insomma che possono far sfuggire all'*exceptio erroris*.

L'errore e la *plus petitio* incorsi nella *demonstratio*, non cagionano la perdita del diritto, ma quella sola del procedimento; *l'actio* quindi può di bel nuovo riordinarsi e intentarsi innanzi al Magistrato (4). Questo principio non mancò tra i giureconsulti di oppositori, i quali ammettendo più che la *diversità* della lite introdotta colla *falsa demonstratio*, la *divisibilità* delle asserzioni del-

(1) Gaj. IV, 53'. Paul Sent. I, 10. Consult. V, 4.

(2) Item palam est si quis aliud pro alio intenderit nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse — veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit. Gaj. IV, 55.

(3) Sed plus quidem intendere sicut supra diximus periculosum est, minus autem intendere licet, sed de reliquo intra ejusdem praeturam agere non permittitur, nam qui ita agit per excepetionem excluditur, quae exceptio adpellatur litis dividua. Gaj. IV, 56.

(4) Si in demonstratione plus aut minus positum sit nihil in judicium deducitur, et ideo res in integro manet, et hoc est quod dicitûr falsa demonstratione rem non perimi. Gaj. IV, 58.

l'attore, e quindi il più e il meno nell'asserto, vollero che il diritto per ciò andasse perduto (1).

La riforma nel nuovo sistema recata rispetto alla *condemnatio* è assai importante. Laddove non era lecito per lo passato di condannare che in un modo indiretto e pregiudiziale, o sull'obbietto litigioso medesimo; ora tutte le sentenze debbono esser dirette sopra una determinata somma di danaro, mercè la valutazione dell'oggetto (2) quando non si tratti di una *pecunia certa*. La liquidazione non come nelle azioni della legge per un *arbitrium litis aestimandae* dopo la sentenza, bensì dee farsi dallo stesso giudicante, quando già non sia stata fatta *in jure*, o antecedentemente determinata. Nell'apprezzamento dell'obbietto, qualora rilasciavasi al giudice in un modo assoluto e indeterminato, la *condemnatio* dicevasi *infinita*, p. e.

> *Quanti ea res erit tantam pecuniam judex N.m A.° condemna.*

se per l'opposto a questo apprezzamento si fissava un *maximum*, la *condemnatio* dicevasi *cum taxatione*, p. e.

> *Ejus Iudex N.m A.°* DUNTAXAT *(quantum ea re in peculio sit, quanto locupletior factus est; quantum ad eum pervenit dolovo factum est; quantum facere potest;* ecc.) *X. M. condemna* (3).

Sicchè in tre modi la *condemnatio* può esser concepita, sopra una *pecunia certa*, in modo indeterminato e *cum taxatione*. Se il giudice oltrepassa i limiti nella *condemnatio certae pecuniae* o *cum taxatione*, fa sua la lite, e ne porta conseguentemente tutti i pregiudizi (4).

Al contrario che nell'*intentio*, l'errore incorso nella *condemnatio* non produce l'estinzione del diritto, e con ragione, dapoichè il

(1) Gaj. IV, 59, 60.

(2) Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est — Iudex si condemnat certam pecuniam condemnare debet. Gaj. IV, 48, 52.

(3) Gaj. IV, 49-51.

(4) Debet autem judex attendere ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque majoris neque minoris summa petita nummo condemnet, alioquin litem suam facit; item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatio sit, alias enim similiter litem suam facit; minoris autem damnare ei permissum est. Gaj. IV, 52.

fondamento di tutta la formula è l'*intentio* espressa dall'attore, se in questa si sbaglia *causa cadit*; ma la *condemnatio* è un fatto tutto del Magistrato, e il comando di condannare in un *plus* o in un *minus* non può radicalmente nuocere all'attore: nel primo caso egli guadagna il *plus*, ma il Pretore può provvedervi col concedere al reo la in *integrum restitutio*, nel secondo caso egli perde il residuo, sua essendo stata la colpa di lasciare incorrere qnesto errore che avrebbe potuto evitare qualora avesse prestato maggiore diligenza; onde dice Gajo che *facilius reis praetor succurrit quam actoribus*, ad eccezione dei minori di 25 anni, *nam huius aetatis hominibus*, *in omnibus rebus lapsis praetor succurrit* (1).

CAPO VI.

Genera actionum.

§ 1.

ACTIONES IN REM, IN PERSONAM.

La base principale di tutte le azioni essendo il diritto, e distinguendosi questo in reale e personale, dalla loro intrinseca natura, anche quelle si devidono in *rem* e in *personam*. Questi due termini nelle fonti sono adoperati in rapporto agli editti del pretore, ai patti, alle eccezioni, appartengono al periodo scientifico del diritto. Le prime ed antichissime espressioni furono quelle di *vendicatio* e *condictiones;* il concetto però di *actio in rem* o *in personam* trovasi con tutta chiarezza scolpito nella prima delle *legis actiones*, nell'*actio sacramento*: in qnesta il procedimento ha per obbietto o una *res* o un' *obligatio*, laddove in tutte le altre manifestasi solo il carattere dell'*actio in personam*. Secondo il metodo propostoci, noi svolgeremo storicamente questo paragrafo.

A. Actio in rem. Vendicatio, sponsio, formula petitoria.

Il corso storico di qnest'azione si attua nella procedura sacramentale, nella *sp onsio* e nella formula petitoria; di questi tre pnnti noi partitamente ci occuperemo con quella brevità che l'argomento ci consente.

(1) Gaj. IV, 57.

I. La presenza dell'obbietto è la condizione essenziale per effettuare col sacramento la *rei vendicatio*: sia che trattisi di una cosa mobile, sia di una immobile, l'obbietto esser dee sempre presente, nell'una per verificarne l'identità, nell'altra inoltre per conoscerne esattamente i confini. In ciò si rivela la natura di un popolo bambino che incapace di elevarsi al vero del diritto si limita al certo, ma rivelasi ancora il senso pratico di quel popolo che svolge tutte le istituzioni giuridiche non secondo le difficili astrazioni della mente, sibbene secondo i bisogni dei tempi e sempre dal lato effettivo e utile alle contigenze sociali. Se questa presenza della cosa era impossibile, impossibile rendevasi ancora la *vendicatio*, ma si ricorreva ad altri sutterfurgi, si riguardava cioè la cosa come *res furtiva* nel caso che il possessore si fosse rifiutato di esibirla (1), e per quelle altre che avesser formato parte di un edifizio o di una vigna, e che non era permesso il rivendicare sino a che l'edifizio o la vigna si conservavano, concedevasi l'*actio tigni juncti* colla penale del doppio (2). L'obbietto se trattavasi di una cosa mobile o moventesi si presentava dalle parti contendenti innanzi al magistrato *in jure*, quando difficile non ne fosse riuscito il trasporto; nel caso contrario e per le cose immobili i litiganti insieme al magistrato si portavano sul fondo o sulla cosa controversa e là eseguivano la procedura della *vendicatio*.

La *vindicatio* da parte del querelante e la *controvindicatio* da parte dell'attuale possessore davan luogo ad un combattimento fittizio (*vis civilis*), nel quale ognuno dei combattenti contendevasi e asseriva come suo l'oggetto: quest'atto si appellava *manum con-*

(1) Fest. V, *lance et licio*, p. 117. Gaj. III, 185, 193, seq.

(2) Cum in suo solo aliquis aliena materia aedificaverit ipse dominus intelligitur aedificii, quia omne quod inaedificatur solo coedit. Nec tamen ideo is qui materiae dominus fuit desinit eius dominus esse, sed tantisper neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere propter legem XII Tabularum, qua cavetur ne quis tignum alienum aedibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo praestet. Appellatione autem tigni omnes materiae significantur ex quibus aedificia fiunt. L. 7, § 10. D. de acq. rer. dom. XLI, 1. Tignum non solum in aedificiis, quo utuntur, appellatur sed etiam in vineis, ut est in XII. « Tignum junctum aedibus vinaeve e concapi ne solvito.» Fest. V. *Tignum*. p. 364. Vedi L. 23, § 6 D. de rei vindic. VI, 1. L. 6 D. ad exhib. X, 4. L. 63, D. de donat. inter vir. et uxor. XXIV, 1.

serere (1). Tutto il procedimento era il seguente: I litiganti alla presenza del magistrato impugnavano una verga (*festuca*) simbolo dell'asta romana (*hasta*) e del giusto dominio (2), simbolo ancora della *vera vis atque solida* colla quale si difendevano i primi diritti, afferravano coll'altra mano la cosa presente (*simul manu praehendere, apprachendere*) segno sensibile del volere sulla cosa affermare il proprio diritto e l'esercizio in virtù del possesso, contemporaneamente a quest'atto profferivano la formola solenne:

Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam sicut dixi. Ecce tibi vindictam imposui.

Questa formula, o simile secondo la diversità dell'obbietto, era ad ambidue i litiganti comune, per l'uno dicevasi *vindicatio*, *controvindicatio* per l'altro. A differenza dell' *actio in personam* era per tutti e due positiva, dapoicchè ciascuno asseriva il suo diritto sulla cosa, e nessuno dei due avea determinata la parte di attore e di convenuto. Profferite le solenni parole e imposta sull'oggetto la verga, il magistrato comandava ai litiganti la pace, e doveano essi ubbidire alla formula: *mittite ambo hominem*. Ciò eseguito, succedeva la interrogazione concernente la causa della *vindicatio*.

Postulo anne dices qua ex causa vindicaveris?

e la risposta affermativa del diritto:

Ius peregi sicut vindictam imposui.

A questa risposta teneva dietro la *provocatio sacramento:*

Quando tu injuria vindicasti D aeris sacramento te provoco.

e l'avversario rispondea:

Similiter ego.

Qui usciva in iscena di bel nuovo il pretore *et vindicias dicebat*, regolava cioè il possesso provvisorio fino alla decisione diffinitiva della controversia, e conseguentemente stabiliva le parti di attore e di convenuto. Il beneficio del possesso, come più sotto vedremo, non era un atto tutto arbitrario del magistrato, egli seguir dovea certe regole, e il beato possessore inoltre era tenuto ad una garentia in favore dell'avversario per il buon manteni-

(1) Gell. XX, 10.
(2) Gaj. IV, 16.

mento della cosa e per il valore dei frutti *(praedes litis et vindiciarum)*, il che non bisogna confondere colla garentia sull'importare del *sacramentum (praedes sacramenti).*

La *vindicatio* e *controvindicatio* di una cosa immobile o di una cosa mobile il cui trasporto *in jure* difficile riusciva, presenta diverse frasi. Originariamente i litiganti di comune accordo si presentavano al magistrato, dichiaravano ognuno il suo diritto e si provocavano di condursi sul fondo per eseguirvi la *vindicatio.*

Ciò fatto, secondo il disposto delle leggi decemvirali i litiganti unitamente al pretore accedevano sul fondo, ed ivi impegnavano la *manum consertio*, la *vindicatio* e la *contravindicatio* colla formula comune:

> *Hunc ego fundum ex iure quiritium meum esse aio.*
> *Ecce tibi vindictam imposui,*

con tutto il rimanente del formulario esposto, fino alla *litis contestatio.*

Più tardi, quando i confini della dominazione romana maggiormente si estesero e il magistrato, sia perchè occupato dei suoi molteplici uffici, sia per l'aumentarsi dei litigi e per la distanza dei luoghi non potendosi più recare sul fondo, fu per tacito consenso contro la legge introdotto che i litiganti, *non in iure apud praetorem manum consererent, sed ex iure manum consertum vocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendum manum in rem de qua ageretur vocaret.* Si provocavano cioè innanzi al magistrato l'uno colla formula seguente:

> *Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur eum ego ex iure quiritium meum esse aio. Inde ego te ex iure manum consertum voco.*

rispondendo l'altro:

> *Unde tu me ex iure manum consertum vocasti inde ego te revoco.*

il Magistrato allora comandava che fossero andati sul fondo:

> *Suis utriusque superstitibus praesentibus istam viam dico. Inite viam.*

Partivano quindi accompagnati da testimoni appellati *superstites*, innanzi a questi pigliavano una zolla del fondo, un frammento della nave, una tegola della casa, una pecora del gregge, un oggetto dall'eredità, ritornavano *in iure*, e sulla zolla, o simile quasi *in totam rem praesentem fiebat vindicatio*: questa pantomima appellavasi *deductio.*

Finalmente, anche più tardi, senza più costituirsi innanzi al

pretore i litiganti accedevano da se sul fondo o sul luogo dell'obbietto litigioso, ne portavano un frammento *in iure*, collocavanlo a pochi passi dal tribunale, e quindi innanzi al magistrato eseguivano tutto il formalismo e il simbolismo, cioè si provocano, partivano fittiziamente per il fondo, al comando del pretore ritornavano, impegnavano la *vindicatio* e la *controvindicatio* (1). Ridotta a questi termini l'*actio sacramento in rem* dovea per necessità destar le risa degli uomini che l'efficacia del diritto contemplavano nella ragione eterna del vero e non nella rigorosa e già stupida formalità di simboli e di parole, e il divino Tullio non lasciò di gettare il ridicolo su queste vuote forme prive di realtà, quali si trovavano ai suoi tempi.

Questa *vindicatio* della proprietà quiritaria non è la sola figura che la *legis actio sacramento* ci appresta. A somiglianza della stessa la *vindicatio hereditatis*, per la quale l' erede ha diritto di ripetere da qualunque terzo la *hereditas*, *familia*, è un' altra figura del *sacramento*. L' eredità nel suo insieme riguardasi come un singolo obbietto, e quindi al pari che sopra il fondo, e sopra lo schiavo, vi si compie il procedimento già discorso. Quale in antico sia stato il rappresentante di quest' unità noi nol sappiamo, forse la casa, la corte, il giardino del defunto; più tardi per come abbiam cennato, bastò un semplice oggetto della massa ereditaria presentato *in jure*.

Al pari che sulla proprietà considerata nel senso assoluto dell' universal signoria sulla cosa, un'altra figura del *sacramento* fu quell'applicata alla *juris vindicatio*, cioè ai diversi smembramenti del diritto di proprietà o alle limitazioni della stessa, le servitù; quindi l'*actio in rem confessoria*, o *negatoria*, secondo che si fosse trattato di affermarsi o niegarsi da parte del pretendente questo smembramento colla procedura dell'*antica legis actio*. Le formule della *vindicatio* e *controvindicatio* eran presso a poco le seguenti:

Confessoria: Aio mihi ius esse utendi, fruendi, eundi, agendi in fundo, altius tollendi aedes ecc.

Nego tibi ius esse, ecc.

(1) Intorno al complesso di tutta questa procedura vedi Gaj IV, 16 17, 95. Gell. XX, 10. Fest. V, *Vindiciae* p. 84. *Superstites* p. 305. Varro de LL. VI, § 64. Cic. Pro Mur. 12, Asconius in Verr. II, l. § 115.

il Pretore comandava:

Si negat sacramento quaerito.
Quando negas mihi ius ecc., *sacramento quingenario provoco.*
Similiter ego te.

Negatoria: *Aio tibi ius non esse arborem vento inclinatam in meum fundum habere.*
Aio mihi ius esse ecc.

In queste due ultime specie di *vindicatio* si osserva come per la natura stessa del diritto bisognava che l'*actio* per una delle parti fosse stata negativa.

Inoltre erano trattate con quest'antichissima forma della *vindicatio* le quistioni sulla libertà di un uomo; mentre che l'uno vindicava l'individuo in questione nello stato di servitù, *vindicatio in servitutem*, l'altro lo asseriva nello stato di libertà, *contravindicatio in libertatem* col sacramento di cinquanta assi.

Quali semplici formalità degli atti appartenenti alla giurisdizione volontaria le forme della *vindicatio* rimasero immutate, così prima come dopo il sistema delle azioni della legge, nelle diverse figure della *in jure cessio* (1) e della *vindicatio filii in potestatem* per una *datio in adoptionem* (2) ecc.

Di tutto questo procedimento discorso, una parte importantissima è costituita dal *vindicias dicere*, cioè dal regolamento del possesso provvisorio, che il magistrato attribuiva ad uno dei contendenti dopo il comando della pace. Dalle fonti pochissimo ci è stato sul riguardo trasmesso, e quel che di certo sappiamo si è che nelle controversie *de libertate* le *vindiciae* doveano dal pretore esser profferite a favore di questa, sicchè l'individuo schiavo o libero, acquistava o rimaneva nello stato di libertà fino alla sentenza diffinitiva (3); e che nelle cause sulla proprietà o sugli smembramenti della stessa tra un cittadino e il popolo romano *praetores secundum populum vindiciae dicunt* (4). Non bisogna però credere che in tutti gli altri casi arbitrariamente il pretore avesse pronunciato le *vindiciae*. In fatto di tanto rilievo, dove coll'attri-

(1) Ulp. frag. XIX, 9-15.
(2) Gaj. I, 134.
(3) L. 2, § 24. D. de orig. Iur, I, 2. Dionges. XI, 30. Liv. III, 34-38.
(4) Festus V, *vindiciae* p. 84.

buzione del possesso definivansi le parti di attore e di convenuto, e quindi l' obbligo della pruova per colui che dal possesso era escluso, oltre al vantaggio del godimento dei frutti pel beato possessore, è assurdo il ritenere che il solo arbitrio pretorio avesse a suo talento disposto, forse anche delle sorti della lite. È quindi assai verosimile l'opinione, che nel regolamento del possesso abbia il magistrato tenuto d'occhio quelle norme che negli atti del suo imperio valevano ad appianare le controversie degl'interdetti. Laonde, ad eccezione dei casi in cui il possesso non fosse stato acquistato *vi, clam et procario*, dichiaravasi possessore provvisorio sempre l'attuale possidente, dapoichè tutte le prescrizioni, tutte le apparenze del vero erano a suo favore, e la legge non presume giammai un possesso ingiusto, anzi difende ogni possesso anche nel ladro finchè la pruova non distrugga la presunzione. Nell'*hereditatis vindicatio*, il magistrato seguir dovette le norme che diedero luogo all' *interdictum quorum bonorum*, e alla concessione del possesso provvisorio dell'eredità per determinare la posizione delle parti in un giudizio imminente, *bonorum possessio litis ordinandae gratia* (1).

Il possesso provvisorio non in modo incondizionato si attribuiva all'una delle parti; il litigante cui cadea in sorte era tenuto a dare i *praedes litis et vindiciarum*, e se vi si rifiutava, colla stessa condizione il possesso trasmettevasi al suo avvorsario (2).

II. Dopo la legge Ebuzia e le riforme processuali introdotte sia nel sistema stesso delle *legis actiones*, sia coll' introduzione del nuovo sistema, rispetto ai litigi su crediti e debiti, era indispensabile che nuovi cangiamenti subisse la *vindicatio sacramento*, e che con maggiore semplicità di forme, invece che dei collegi permanenti, la questione fosse stata commessa ad un solo giudice.

Si ottiene quest' intento mercè la *in rem actio per sponsionem*. Qual sia la natura della *sponsio* l'abbiamo veduto (cap. IV, § 1). Quando la questione del possesso era stata già antecedentemente definita, o quando l'attuale possessore rifiutavasi alla *contravindicatio*(3), i litiganti iniziavano la lite colla *sponsio* aprendosi così la via

(1) Gaj. III, 34, IV, 144. L. 6, § 1, 2. D. de inoff. test. V, 2. Cic. Verre I, 44, 45, 116.

(2) Intorno alle *vindiciae* vedi Rudorff. II, § 36, n. 9. Hollweg, I, § 42.

(3) Il Welzell, *vindicationsprocess*, pag. 74, seg. sostiene che il pretore *vindiceas dicebat* anche nel processo colla *sponsio:* quest'opinione è validamente combattuta dallo Stintzing pag. 23-27.

all' *unus judex*. Il caso non era però così facile come per le controversie sopra una determinata cosa nella quale ordinavasi al giudice *si paret condemna, si non paret absolve*; nell'*actio in rem* trattavasi di riconoscere il diritto dell'attore e condannare alla restituzione della cosa e dei frutti. Come dunque provvedere a questo bisogno? Una seconda *stipulatio* bastò ad appianare le difficoltà; sicchè innanzi tutto l' attore provocava alla *summa sponsionis* di carattere puramente pregiudiale, sopra questa concedevasi il giudice, e sopra questa dovea egli assolvere o condannare: la seconda *stipulatio* detta *pro praede litis et vindiciarum*, fatta con mallevadori, assicurava da parte del possessore la restituzione della cosa e dei frutti, qualora fosse stato condannato nella *summa sponsionis*.

La formula della *sponsio* era presso a poco la seguente:

> *Si homo quo de agitur ex jure quiritium meus est sestertios XXV nummos dare spondes? Spondeo.*

Quindi si emetteva la formula pretoria colla quale ordinavasi il *dare oportere* della somma stipulata, quante volte si fosse dimostrato il diritto di proprietà sulla cosa: la formula non differivasi da tutte le altre del nuovo sistema.

> *Iudex esto. Si paret N.m A.° ex sponsione HS. XXV, nummos dare oportere, judex N.m A.° HS. XXV, nummos condemna s. n. p. a.*

All'attore, almeno fino ai tempi di Cicerone, fu libera la scelta tra l'antica *vindicatio* e l' *actio in rem per sponsionem*, quindi la scelta tra il tribunale centumvirale e l' *unus judex* (1).

III. La *formula petitoria* perfezionò e semplificò il procedimento dell'*actio in rem*. Laddove per lo innanzi la decisione sul diritto contestato non poteasi ottenere che indirettamente, per mezzo del *sacramentum* e della *sponsio*, adesso mercè la *formula petitoria* è imposto al giudice di conoscere in modo diretto e immediato sul diritto dell' attore, e di assolvere e di condannare non più sopra una scommessa o una somma stipulata, ma nell' intiero valore della cosa.

Se giusta potea sembrare una sentenza diretta sopra una determinata somma trattandosi di un *praestare, facere oportere*, non

(1) Lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis vindiciarum cum satis accepisset, sponsionem faceret, ita de hereditate certaret. Cic. Verr. I, 45.

così nel caso di un *dare:* l'attore non potea esser costretto a ricevere una somma a vece della cosa, e spesso vantaggioso al reo sarebbe riuscito di pagar questa anzicchè consegnare l'obbietto; bisognava dunque trovare un mezzo pel quale l'attore avesse potuto conseguire in natura quel che per diritto competevagli, senza dall'altra parte pregiudicare al generale principio che governa tutto il periodo formulario, viene a dire di doversi ogni sentenza pronunziare sopra una determinata somma. Il mezzo ce l'offre la formola stessa nella quale insieme alla sentenza diffinitiva s'intreccia il giudizio arbitrario. Al giudice s'imponeva, dopo aver formata la sua convinzione sull'esistenza del diritto dell'attore, d'instituire il giudizio arbitrario sulla restituzione della cosa; il reo dovea consegnarla, e allora la sentenza diveniva per necessità assolutoria: questo giudizio condizionava la condanna medesima in quanto che allora soltanto era il giudice autorizzato a profferirla quando la condizione della *restitutio* mancava, *nisi restituat.* Rifiutavasi il reo alla consegna, rendevasi contumace? allora un mezzo efficacissimo per costringerlo a restituire era offerto dalla *condamnatio* stessa, nella quale non essendo al giudice imposte un *maximum*, una *taxatio*, egli potea valutare l'obbietto per quel valore che gli avesse fatto talento nel triplo nel quatruplo del valore reale; potea lasciarlo anche determinare dall'attore (1); sicchè il reo per modo indiretto, ad evitare l'esorbitanza di una condanna immensamente pregiudiziale, trovavasi nel bisogno di restituir l'obbietto litigioso.

Nella condanna, nel caso che la *restitutio* non avesse avuto luogo, o che fosse stata impossibile, comprendevasi non solo il valore della cosa, quello sibbene dei frutti, degl'interessi ecc., *res cum omni causa*, e l'insieme doveasi dal reo garentire colla *satisdatio judicatum solvi* (2) che piglia il posto della *stipulatio pro praede litis et vindiciarum.* Come è facile il rimarcare, nella presente procedura il *petitorio* è onninamente diviso dal *possessorio;* di questo puossi fare obbietto di un giudizio speciale; è solamente il diritto al possesso, non il fatto che per essa vuolsi risoluto, però il possessorio n'è conseguenza immediata ed effettuasi coll'esecuzione della sentenza, non così viceversa.

(1) Contumacia non restituentis vel non exhibentis quanti in litem juraverit actor. L. 2. D. de in lit. jur. XII. 3.

(2) Gaj. IV, 89, 91.

Qual modello della formula può servire la seguente:

L. Octavius iudex esto. Si paret fundum Cornelianum (haereditatem Titii) q. d. a. ex jure quiritium P. Servilii esse neque is eum fundum (eam haereditatem) arbitratu tuo Publio Servilio restituet, quanti ea res erit N.m P. Servilio c. s. n. p. a. (1).

Il concetto della formula petitoria a poco a poco si estese ad un numero indefinito di azioni sia in modo diretto, sia come utile, sia come in *factum concepta*; cosicchè la proprietà pretoria, la *publicinna*, la *bonorum possessio*, la *hereditatis petitio*, la *fedeicommissaria hereditas*, ecc., tutte realizzaronsi sopra questa formula (2):

Così per la proprietà pretoria p: e.

Iudex esto. Si quem hominem A.s emit et is ei traditus est, anno possidisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure quiritium eius esse oporteret, nisi is homo arbitratu tuo A.° restituatur quanti ea res est tantam pecuniam N.m c. s. n. p. a.

Le *actiones, confessoria, negatoria* e *prohibitoria*, che dovettero essere le prime insieme alla petizione dell'eredità a formularsi sulla petitoria, erano secondo la natura del diritto concepite nel modo che segue:

Confessoria : Iudex esto. Si paret A.° jus esse eundi, agendi (uti, fruendi) fundo Corneliano (tigna immittendi in parietem, aedes altius tollendi invito N.°) qua de re agitur, nisi N.s A.° arbitratu tuo restituet, quanti ea res erit N.m A.° condemna s. n. p. a.

Negatoria : Iudex esto. Si paret N.° ius non esse invito A.° uti fundo Corneliano qua de re agitur, neque ecc.

Proibitoria : Iudex esto. Si paret A.° ius esse prohibendi N.m fundo Corneliano uti frui, qua de re agitur, neque ecc. (3).

B. Actio in personam. Condictiones.

L'*actio in personam* è il prodotto di un rapporto giuridico per il quale la volontà del debitore si assoggetta a quella del creditore allo scopo di fare, dare, prestare qualche cosa: quindi per la natura stessa del diritto da cui nasce, esclusivamente e immedia-

(1) Cic. Verr. II, 12.

(2) Rudorff. II, § 38, pag. 137.

(3) Rudorff. Ibid. Keller § 28.

tamente essa va diretta contro una determinata persona, la quale col concorso del suo volere ha dato luogo alla nascita del diritto, e solo nel momento che questo rendesi esigibile. Questo carattere è essenziale e costituisce il fondamento tanto per le azioni della legge quanto pel sistema formulario, alla concezione delle parole solenni e al diverso concepimento della formula.

Nel primo sistema, all'*actio in personam* furon dedicate la *iudicis postulatio* e la *condictio;* nell'*actio sacramento* essa forma il contrapposto della *vindicatio.* Le notizie pervenuteci intorno al procedimento sulla *sacramenti actio in personam* sono assai scarse per le lacune che offre il manoscritto di Gajo; dall'insieme può raccogliersi e argomentarsi che si fosse nel modo che segue effettuato. I litiganti si presentavano al magistrato, l'attore dichiarava il suo credito presso a poco colla formula:

Aio te mihi X, M, aeris dare oportere :

il debitore negava : *Nego me tibi X M aeris dare oportere.*

A questa negazione il creditore provocavalo al sacramento.

Quando negas sacramento quingenario te provoco:

cui il debitore: *Quando ais egoque abs te ea re captus sum similiter ego te sacramento quingenario provoco.*

A questa scambievole provocazione seguiva il deposito del sacramento sia di cinquanta sia di cinquecento assi, secondo l'ammontare del credito; indi contestavasi la lite, seguiva la provocacazione di comparire innanzi ai Decemviri a giorno prefisso, e dopo la legge Pinaria di comparire innanzi al pretore per ricevere il giudice trascorsi trenta giorni del costituito sacramento, o dei *praedes sacramenti* (1).

Il periodo formulario si apre colle *condictiones.* La voce *condictio* altro non esprime che il concetto ristretto dell'*actio in personam;* giacchè laddove questa nell'universalità della sua estensione abbraccia tutto ciò che si riferisce a un *dare facere praestare*, quella esclude il *praestare oportere* e limitasi al *dare* e al *facere* (2); anche il *facere* però può dirsi essere un'aggiunta posteriore, dapoichè nelle azioni della legge, dalle quali la voce si deriva quan-

(1) Gaj § 15 ediz. Huschke.

(2) Appellantur autem in rem quidem actiones vindicationes, in personam vero actiones, quibus dari fierive intendimus, condictiones Gaj. IV, 5.

tunque impropriamente per il manco delle antiche denunziazioni (6), la *condictio* non avea per obbietto che un *dare*.

La natura della *condictio* è determinata dal *certum* dell'obbietto e dal *strictum jus* dell'*actio*; queste due condizioni fanno sì che nella *condemnatio* non si racchiude nè più nè meno di quello che sia nell'*intentio*, e che per il rigore dell'azione non si tenga conto dei frutti della cosa. Sotto questo rapporto la vera *condictio certi* si realizza colla legge Silia trapiantata nella formula. In essa l'obbietto non può essere che una *certa pecunia numerata* e portante il segno del suo valore romano (1), sicchè la *comdemnatio* corrisponde esattamente all'*intentio*, e il giudice non fa che pronunziare sopra identico valore numerato e segnato.

I rapporti dai quali questo *condictio* può nascere sono le stipulazioni, il prestito, la *literalis obbligatio* (2). Oltre alla somma determinata nell'*intentio*, alla *condemnatio* si aggiunge il terzo o la metà del valore, secondo che trattasi di una *pecunia certa credita* o di una *pecunia costituta*, (3) quale prodotto della *stipulatio* e *restipulatio* intercessa tra debitore e creditore e qual segno del rigore dell'*actio*:

> *Iudex esto: Si paret N.m A.° HS. X, M, dare oportere, judex, N.m A.° HS. X. M. cum tertia parte c. s. n. p. a.*
>
> *Iudex esto: Si paret N.m HS. X. M. ex illa causa A.° soluturum se costituisse neque eam pecuniam solvisse, eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse, iudex, N.m A.o HS. X. M. et eius pecuniae dimidium c. s. n. p. a.*

(1) Nunc vero non proprie condictionem dicimus in personam actionem, qua intendimus dari nobis oportere, nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. Gaj. IV, 18.

(2) Pecunia certa credita, signata forma publica populi romani. Lex Rubr. XXI.

(3) Pecunia tibi debebatur certa, quae nunc petitur per judicem — *adnumerasse* sese negat, *expensum tulisse* non dicit cum tabulas non recitat, reliquum est *stipulatum* sibi esse dicat. Praeterea enim quemadmodum certam pecuniam petere possit, non video. Cic. Pr. Rosc. Com. 4. ved. 5.

(4) Ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, veluti de pecunia certa credita et pecunia constituta, sed certae quidem creditae pecuniae tertiae partis, constitutae vero pecuniae partis dimidiae. Gaj IV, 171.

Non lo stesso può dirsi della *condictio de omni certa re* della legge *Calpurnia*. Qui *l'intentio* e di una *certa res*, ma la *condemnatio* è formulata sopra una *incerta pecunia* per essere rimesso all'arbitrio del giudice di apprezzare l'obbietto determinato nel suo *quid*, *quale*, *quantum*. Il giudice doveasi però limitare alla valutazione della sola *certa res*, *quanti ea res erit*, senza mettere in calcolo i frutti, e in questo modo *l'actio* era *stricti iuris*, col pericolo quindi della *plus petitio*. In questa *condictio* la *summa sponsionis* manca, e il miscuglio del *certum* e dell'*incertum* piglia nome di *condictio triticaria* (1), onde l'espressione di *condictio certi* rimane esclusivamenteper la *certa pecunia*.

> *Iudex esto: Si paret N.m A.o centum medimnos tritici Africi optimi (fundum Tusculanum, viam ad fundum Tusc.) q. d. a. dare oportere, quanti ea res erit, tantam pecuniam. judex, N.m A.o c. s. n. p. a.*

Le fecondità della romana giurisprudenza non potea arrestarsi alla *condictio certi* e *tricaria*; il concetto fu esteso insieme al nome a molti altri casi nei quali più che il rigore campeggia il principio dell'equità, così la *condictio ex lege*, *ex causa furtiva*, *ob turpem causam*, *sine causa*. ecc. Di queste diverse specie di *condictiones* alcune poteano formare al tempo stesso una *condictio incerti*, quando l'obbietto era di tal natura che non potea se non colle ricerche del giudice determinarsi, e in questo caso la formula era non più sul solo *dare oportere*, bensì concepita sul *dare facere oportere*. Onde in questo senso è solo concepibile una *condictio incerti*, che si appoggi sul *dare facere oportere* promanante più che dallo *stretto diritto*, dall'*equità* e dal principio che nessuno si dee con altrui detrimento arricchire (2).

(1) Qui certam pecuniam numeratam petit ista actione utitur *si certum petatur;* qui autem alias res, per *triticariam* actionem petet. Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, quae sint praeter pecuniam numeratam, sive in pondere sive in mensura constent, sive mobiles sint sive soli, quare fundum quoque per hanc ationem petimus. L. 1, pr. D. de condict. trit. XIII, 3.

(2) La dottrina della *condictio* forma uno dei punti più dibattuti e più controversi nella storia del diritto: gli scrittori l'intendono ognuno

§ 2.

ACTIONES STRICTI JURIS, BONAE FIDEI, ARBITRARIAE

Gli stretti rapporti della legge quali son formulati dalle sue parole e l'eterno principio dell'equità e dolla buona fede che sta a fondamento di tutto l'umano consorzio, sono i due elementi che dominano la romana legislazione fin dai tempi nei quali il diritto rigoroso e formulario era tenuto in conto di norma generale. Abbiamo altrove osservato, come il principio della buona fede avesse preso posto nella *mancipatio* detta per ciò *fiduciaria*: nelle azioni della legge, l'*actio per iudicis postulationem* è la sanzione quantunque ristretta ed eccezionale di questo eterno principio, che a poco a poco guadagnar dovea tutto il terreno, e convertirsi in norma universale. Nel secondo periodo delle formule la buona fede esser dovea per necessità l'elemento essenziale del novello diritto a cagione del suo organo permanente, la cui precipua missione quella si era di correggere, di emendare e di supplire il *ius directum*, *asprum*, *simplex*. Dalla natura dunque dei rapporti nascenti o dall'elemento puro civile, o dall'equo-buono può dirsi che nella procedura scaturisce la distinzione dell'*actio stricti juris* e dell'*actio bonae fidei;* nell'una la *condemnatio* del giudice è limitata dalle disposizioni della formula, sia essa concepita sopra un *certum*, sia sopra un'*incertum*, onde secondo l'espressione di Seneca *iudicem formula includit*; nell'altra è rilasciato dalla formula al giudice un potere discrezionale, per modo che *et detrahere aliquid potest et adiicere, et sententiam suam prout humanitas impulit regere. Liberum arbitrium habet, non sub formula sed ex aequo et bono judicat, et absolvere ei licet et quanti vult taxare litem* (1): e questo largo potere si esprime col *quidquid dare facere oportere* della formula coll'aggiunta *ex fide bona.*

Iudex esto : *quod A.*s *apud N.*m *mensam argenteam*

a loro modo, e per quanti io abbia potuto riscontrarne, non mi è venuta fatta di vederci chiaro nell'oscurità e incertezza della loro esposizione. Vedi, Hollweg II, § 93. Rudorff. II, § 40: In senso tutto diametralmente opposto Walter II, § 591,

(1) Senec. de Benef. III, 7.

deposuit q. d. r. a. quidquid ob eam rem N.m A.° dare facere oporteret ex fide bona eius, judex, N.m A. c. s. n. p. a.

Si annoverano tra le azioni *stricti iuris* quelle provenienti dalle *verborum et literales obligationes*, quindi la *condictio certi* e *triticaria*, l'*actio ex testamento* in rapporto a un legato *per damnationem*; della seconda specie ne fa Giustiniano la seguente enumerazione: *actiones bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, comodati, pignoraticia, familiae hereiscundae, communi dividundo, praescriptis verbis quae de extimato proponitur, et ea quae ex permutatione competit, et haereditatis petitio — Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei judiciis* (1).

Il carattere generale delle azioni *stricti juris* si è l' unilateralità dell'obbligazione, uno è debitore e un altro creditore; in quelle *bonae fidei* la bilateralità, sia che l'obbligo di debitore si stringa nel momento stesso che il contratto si conchinde e ne costituisca una parte essenziale, sia che sopragginnga dopo e accidentalmente, dando origine all'*actio contraria*, come nel primo caso all' *actio directa*. Si può in esse far valere la *retentio*, la *compensatio*, anche *ex causa spari* dopo M. Aurelio, l' *exceptio doli*, l' *exceptio pacti* (2) senza che vengano espressamente indicate nella formula, per come vedremo esser necessario negli altri giudizii, parlando delle parti straordinarie di questa. Nelle azioni *stricti juris* la responsabilità del debitore tocca l'estremo del rigore; egli è tenuto a rispondere della *culpa levis*, in quella *bonae fidei* si tien conto di tutte le circostanze che accompagnano la natura individuale dell'obbligazione, e si richiede quella diligenza che nel fatto concreto avrebbe adoperata un *bonus paterfamilias*. Nelle une finalmente la condanna e la prestazione esser devono secondo il rigore dell' *intentio* e il fondamento dell'obbligazione senza un più o un meno, nelle altre vengono in giudizio *quae sunt moris et consuetudinis*, la *res cum omni causa*, risarcimenti, danni, interessi. mora, colpa, ecc.

(1) § 28, 29 Inst. de Act. IV, 6. Vedi Gaj. IV, 62.

(2) L. 1, § 4. D. de dote prael. XXXIII, 4. Cic. Top. XVII, 66. Gaj. IV, 61, 63, § 30. Inst, de act. IV, 6. L. 3. D. de rescind. vend. XVIII, 5. Frag. vat. 94. L. 7. § 6. D. de pact. II, 14. L. 3. D. de rescind. vend. XVIII, 5.

Queste due specie importantissime di azioni diedero occasione al *judicium* e all'*arbitrium* dei quali Cicerone bellamente, a proposito della *condictio certae pecuniae*, così esprime la differenza. *Pecunia tibi debebatur certa quae nunc petitur per judicem, in qua legitimae partis sponsio facta est. Hic tu si amplius nummo petisti, quam tibi debitum est, causam perdidisti, propterea quod aliud est iudicium aliud arbitrium. Judicium est pecuniae certae, arbitrium incertae, ad iudicium hoc modo venimus ut totam litem aut obtineamus aut omittamus; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum quantum postulavimus consequamur. Eius rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? directum asperum, simplex: si paret HS D. dare oportere. Hic nisi planum facit HS. D. ad libellum sibi deberi causam perdidit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: quantum aequius melius id dari. Ille tamen confitetur plus se petere quam debeatur, sed satis superque se habere dicit quod sibi ab arbitro tribuatur* (1).

Non bisogna colle due discorse confondere l'*actio arbitraria*, la quale se è fondata sul principio dell'equità, non l'è però in quell'estenzione e larghezza dell'*actio bonae fidei*, ma solo in riguardo all'obbietto o alla prestazione per quanto questi consentono. L'*actio arbitraria* concilia nella formula il *iudicium* e l'*arbitrium*, dapoichè per essa il giudice è costituito mediatore tra le parti non immediatamente pronunziando una sentenza, ma concedendo al reo di evitare la condanna mercè la volontaria soddisfazione, *nisi restituat, nisi exhibeat.* Per lo che il giudice innanzi tutto applicavasi alla cognizione del diritto, pronunziava sullo stesso e imponeva la soddisfazione al reo. Se questi ubbidiva, la sentenza era assolutoria; in caso di contumacia il giudice profferiva la *condemnatio.* Il rifiuto effetti assai pregiudizievoli produceva per il reo *qui restituere iussus iudici non paret,* dapoichè, qualora avesse egli posseduto l'oggetto, il giudice servirsi potea della *militari manu,* se no, potea condannarlo a pagare *quantum adversarius in litem sine ulla taxatione iuraverit* (2).

L'ordine al giudice d' instituire l'*arbitrium* davasi dal magistrato nella formula, per le azioni civili reali colla clausola tra l' *intentio* e la *condemnatio, nisi ea res restituatur,* per le *actiones bonae fidei* la clausola, *nisi restituat,* fa corpo colla *condemnatio* p. e.:

(1) Cic. Pro Rosc. Com. 4.

(2) Gaj IV. 163-165, L. 68 D. de reivind. VI 1. § 31, Inst. de act. IV. 6

Quidquid ob eam rem N.m A.° dare facere oportet ex fide bona eius, iudex, N.m A.° condemna, nisi restituat, si non paret absolve.

nelle azioni pretorie la clausola, *nisi arbitratu tuo*, fa seguito all'*intentio in factum concepta*, p. e.:

Si paret N.m hoc anno dolo malo fecisse ut A.s hominem Stichum manumitteret, nisi arbitratu tuo N.s A.° rem restituat, quanti ea res est. ecc.

Si paret metu hoc anno factum esse ut A.s N.° fundem Cornelianum mancipio daret, nisi ea res arbitratu iudicis restituetur, quanti ea res erit ecc.

Obbietto dell'*arbitrium* può essere una *restitutio*, un'*exhibitio*, una *solutio*, la *noxae datio;* e l'azione quindi può essere in *rem, im personam, stricti juris, bonae fidei. in factum, in jus concepta*, sopra un *certum* e un *incertum.*

Qualcuno ha voluto confondere le azioni arbitrarie con quelle di buona fede; a convincersi della falsità di questa opinione basta il considerare come in talune azioni arbitrarie faccia bisogno al reo dell'*exceptio doli* riferita espressamente nella formula; di ciò non avrebbe fatto mestieri se tutte le azioni arbitrarie fossero di bnona fede, dapoichè il giudice in queste, deve tener conto delle eccezioni opposte dal reo, senza essere nella formula riportate.

§ 3.

ACTIONES CIVILES, HONORARIAE.

Tutte le azioni le quali si fondano sul diritto civile o che sono dallo stesso approvate si appellano *civiles* e anche *legitimae.* Per diritto civile non s' intende quello solamente che dimana dalle leggi decemvirali, quantunque ne siano stata l'unica sorgente in origine; sibbene ancora il diritto costituito dai prebisciti, dai senato consulti, dai principi, dalle interpretazioni, dai giureconsulti, e il diritto stesso consuetudinario.

Si chiamano onorarie le azioni le quali si basano sulla legislazione pretoria, e che sono state quindi introdotte o perfezionate dal magistrato, sia questi il pretore medesimo, sia il proconsole o l'edile.

§ 4.

ACTIONES FICTITIAE, DIRECTAE, UTILES, IN FACTUM.

I. La scoperta delle istituzioni di Gaio , ci ha fatta conoscere una nuova divisione delle azioni, di quelle cioè che nell'*intentio* racchiudono il momento del diritto e del fatto secondo il quale dee il giudice sentenziare, onde hanno in se la virtù intrinseca di sortire il loro effetto per il reale fondamento del diritto civile che le sostiene; e di quelle che si appoggiano ad una *finzione*, viene a dire ad una supposizione di diritto e di fatto che in realtà non esistono ma che per l'ipotesi data si ritengono come esistenti (1). Due specie di finzioni si distinguono, l'una ch'è un' imitazione delle azioni della legge *(quae ad legis actiones exprimuntur)* e l'altra che appartiene a finzioni di diversa natura *(alterius generis fictiones)* (2), a quelle cioè che l'esistenza di un fondamento di diritto suppongono, il quale realmente non esiste.

Quali sono queste azioni fittizie? Della prima specie nulla sappiamo, nell' istituzioni di Gaio havvi una lacuna là dove dovette probabilmente tenerne discorso : per certo queste azioni esprimettero il momento necessario del transito dalle azioni della legge alle formule pretorie e imitaron quindi le azioni della legge nel modo più rigoroso e più acconcio, il che ci lasciano argomentare le parole *ad legis actiones exprimuntur* , quasi fossero state una immediata derivanza dalle stesse. Due particolari ci sono stati conservati: 1° che tutte le azioni della legge, quindi il *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *manus iniectio*, la *pignoris capio* , ad eccezione della *condictio* (3), furono imitate nella formula ; 2° che nell'azione imitante la *pignoris capis* , il contribuente debitore dello Stato e rispettivamente dell'appaltatore dei fondi pubblici , dovea essere condannato a tanta somma di danaro a quanto egli sarebbe stato tenuto se il pegno fosse stato preso (4).

Se questa prima categoria imita le azioni della legge, la se-

(1) Gaj. IV, 10. Ulp. Frag. XXVIII, 12.
(2) Gaj. IV, 10-34.
(3) Gaj. IV, 33.
(4) Gaj. IV, 32.

conda finge come realmente esistente un rapporto di diritto che nel caso concreto non esiste. Presso Gajo ci abbiamo l'elenco di un buon numero di esempii:

La prima è quella delle *actiones hereditariae*, per la quale mercè la finzione *si heres esset*, il *bonorum possessor* vien tenuto in conto di erede e quindi coll'*actio serviana* in lui si suppone una qualità che non esiste:

Judex esse: Si A.s L. Titio heres esset, tum si fundum de que agitur ex iure quiritium eius esse oportere.

ovvero passivamente.

Si N.s L. Titio heres esset, tum si paret N.m A.o HS. X. M dare oportere (1).

Lo stesso del *Bonorum emptor*, il quale per l'*actio serviana*, *ficto se heredo agit* (2).

Un'altra finzione si ha coll'*actio Publiciana*, che si concede all'*usucapiente* il quale perdè il possesso della cosa non avendo compiuto ancora l'*usucapione;* giacchè egli non può domandare la cosa *ex iure quiritium suam esse* si finge l'*usucapione*, e in tal modo, quasi *ex iure quiritium dominus factus.*

Judex esto, si quem hominem As emit et is ei traditus est, anno possidisset, tum si eum hominem de quo agitur ex iure quiritium ejus esse oporteret neque Ns arbitratu tuo restituat ecc. (3).

Colla finzione *si civis romanus esset*, si fanno valere contro il *peregrinus* le *actiones furti et legis Aquiliae*, le quali altrimente non potrebbero applicarsi che contro un cittadino:

Judex esto, si paret ope consilio ve Dionis graeci L. Titio furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem si civis romanus esset pro fure damnum decidere oporteret, ecc. (4).

Simile a questa si è la *fictio si repromisisset*, per la *cautio damni infecti* nel caso di contumacia.

Judex esto. Sei, antequam id iudicium qua de re

(1) Gaj. IV, 34.
(2) Gaj. IV, 35.
(3) Gaj. IV, 36.
(4) Gaj. IV, 37.

agitur factum est, Q. Licinius damni infectei eo nomine q.d.r.a. eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregreinos ius deicet in albo propositam habet L. Seio repromeisisset; tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dumtaxat Hs... eius iudex Q. Licinium L. Seio ex decreto IIvirei IIIIvirei praefecteive Mutinensis, quod eius is IIvir vir praefectusve ex lege Rubria seive id plebeisve scitum est, decreverit, Q. Licinus eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromettere noluit condemnato, sei non paret absolvito (5).

Colla finzione: *si capitis deminutus non esset*, a favore del creditore, si suppone che quegli il quale realmente ha sofferto la *capitis deminutio* trovisi nel suo stato primitivo.

Judex esto: si Ns capite deminutus non esset, tum si paret eum A.° X. M. dare oportere ec. (6).

In questo modo le *fictiones* poteano dal magistrato sempre accrescersi e moltiplicarsi, non solo modificando e piegando ai bisogni particolari quelle registrate già nell'editto, ma nelle diverse occasioni creandone delle nuove (7).

II. III. L'espressione di *actio directa* adoperasi ora in opposizione alle azioni utili, ora alle azioni contrarie, ora alle azioni in *factum* ed ora a quelle che si concedono contro il *paterfamilias* per le obbligazioni contratte dal figlio o dallo schiavo; qui l'usiamo in opposizione alle *utiles actiones* per indicare precisamente quell'azione che concedesi per il caso e per il fatto onde fu originariamente creata. L'azione utile è un'estensione della diretta, creata ad analogia (*ad exemplum*) della medesima, pei casi che non sono dalla legge espressi, ma che a via d'interpretazione si possono da essa dedurre (8).

Le azioni utili, alla formazione delle quali il magistrato servi-

(5) Lex Rub. de gal. cisal. c. XX.

(6) Vedi Keller § 31. Rudorff II, 30.

(7) L. 5, § 2. L. 7, § 3-4. D. si mensor XI, 6. L. 16, 19, pr. D. de inst. act. XIV, 3. L. 15, § 23. D. de act. empt. vend. XIX. 1. L. 1. C. de precario VIII. 9.

(8) Gaj. II, 253.

vasi di tutti gli amminicoli che potevanglisi offrire, cioè delle omissioni, aggiunte, cangiamenti di parole, finzioni, rescissioni, trasposizioni di subbietti, erano registrate nell'*album* e ai concreti accomodate.

IV. Il magistrato non si accontentò di limitarsi alla feconda sorgente delle finzioni e delle *actiones utiles*, il potere giurisdizionale di che godeva e quindi l'influsso immediato tanto nella legislazione quanto nei nuovi rapporti civili che in Roma sempre più si sviluppavano, porgevangli il destro di creare un diritto tutto proprio che non fosse in veruna attinenza e contatto colle leggi esistenti e questo diritto munire con mezzi di difesa. Questi mezzi dalle loro forme generali che li distingue dal diritto civile, e dal modo con cui erano impiegati si dissero *actiones in factum conceptae*, e in *factum* fu detta la formula colla quale concedevansi, essendochè, non esistendo una legge sulla quale fondarsi, stabiliva essa stessa il diritto che servir dovea di norma al giudicante. Così, nell'antico diritto era al solo *paterfamilias* che competeva ogni azione anche per gli obblighi dal figlio contratti; or quando la giuridica personalità del figlio prese ad acquistare una propria forma e a staccarsi da quella del padre, quando per le azioni provenienti da taluni maleficii gli si concesse di stare in giudizio, si dovettero necessariamente creare nuove azioni, perchè giammai avea la legge avuto di mira questa capacità; le nuove azioni dunque che corrispondessero ai rapporti di questa capacità furono dette in *factum* (1). Così ancora l'*actio directa* proveniente dalla legge Aquilia presuppone i due termini del danno cagionato *corpore suo* e della lesione fisica, *corpus laesum*; se il primo termine soffre delle modificazioni, se l'autore del danno non immediatamente *corpore suo* ma occasionalmente e in qualsiasi altro modo l'abbia prodotto non più l'*actio directa*, si dà bensì l'*actio utilis*, però *si non corpum damnum datum*, *neque corpus laesum fuerit*, *sed alio modo damnum alicui contigirit*, *cum non sufficiat neque*

(1) Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum, et Quod vi aut clam, et depositi, et comodati, ut Iulianus putat. L. 9. D. de obl. et act. XLIV, 7. In factum actiones etiam filiifamilias possunt exercere L. 13, cit. vedi ibid. L. 17 §§ 10-14, 19, 22. L. 19. D. depositi. XIV, 3. L. 17, de reb. cred. XII, 1.

directa neque utilis Aquilia, placuit eum, qui abnoxius fuerit, in factum actione teneri (1).

È facile rilevare da ciò, qual differenza corra tra le azioni *in ius* e in *factum conceptae*; che laddove nelle prime si tratta sempre di un *jus civile* e di un diritto che emana da esso, qualunque sia l' *intentio* o personale o reale, o *stricti iuris* o *bonae fidei*, o *certa* o *incerta*, nella seconda tutta l'efficacia dell'*actio* è un prodotto della *iurisdictio pretoria*, e nella formola necessariamente l'*intentio* confondesi colla *demostratio*.

Non bisogna però confondere le *actiones in factum conceptae* colle *actiones praescriptis verbis*, o come altrimenti si esprimono le fonti colle *actiones in factum civiles* (2), le quali grandemente tra loro si differenziano. Quest' ultime hanno realmente un *intentio civilis incerta* (3), ed altra differenza dalle altre azioni civili non corre che del concepimento delle parole, le quali, nelle une sono attinte dalla legge, o formano il nome del negozio giuridico, nelle altre per l'opposto il fatto giuridico si racchiude in una breve esposizione che si fa precedere all' *intentio*. Da ciò si vede, che laddove le *actiones in factum* sono una creazione tutta nuova e quindi dissimulano il diritto sotto le semplici apparenze di un fatto, le *actiones praescriptis verbis*, riguardano soltanto i contratti innominati i quali hanno per se stessi un valore giuridico, ma diffettando di un' azione speciale si accompagnano e si fanno valere coll'*actio* in parola (4):

(1) § 16, Inst. de lege Aquilia IV, 3.

(2) L. 1. §§ 1, 2. L. 3, § 2. D. de praescrip. verb. XIX, 5.

(3) Insulam hoc modo ut aliam insulam reficeres, vendidi; respondit nullam esse venditionem; sed civili intentione incerti agendum est, L. 6. D. de praescep. verb. cit. ved. L. 7, § 2 de pactis II, 14. L. 6. C. de rer. perm. IV, 64.

(4) Nonnunquam evenit, ut cessantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus cum proprium nomen invenire non possumus facile descendamus ad eas quae in factum appellantur. — Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina praescriptis verbis agendum est. In quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt. L. 1, pr. LL. 2, 3. D. de praescrip. verb. cit. Vedi L. 14, § 2, LL. 15, 17, § 5. L. 22. L. 6. C. de transact. II, 4. L. L. 4, 7, 8. C. de rer. perm. IV, 65.

Formula *in factum:*

Judex esto, si paret A^m apud N^m: mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N^i A^o redditam non esse quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N^m A^o c. s. n. p. a.

Formula *praescriptis verbis:*

Judex esto. Quod A^s N^o illud dedit ut N^s illud daret, faceret. Quidquid ob eam rem N^m A^o. ecc.

§ 5.

ACTIONES SIMPLICES, DUPLICES.

Ordinariamente la natura del diritto assegna alle parti la loro posizione in giudizio di attore e di convenuto, di creditore e di debitore, di affermante e di negante, e nella sentenza o l'uno esser dee respinto o l'altro condannato, questa figura processuale caratterizza l'*actio simplex.*

Sonvi però taluni giudizi e talune azioni che, in un modo eccezionale, in unica formula presentano un doppio aspetto, o meglio, sono due formole che si confondono in una, i contendenti sono ambidue attori e rei, e la sentenza quindi coglier dee ambidue; quantunque nell'introduzione della lite quegli può riguardarsi per attore ch'è il primo ad agire, o a cui tal posizione è caduta per sorte. Questa duplicità di forma presentano appunto i tre giudizi divisori *familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum* (1), i due interdetti *retinendae possessionis, Uti possidetis, Utrubi* (2), e l'*actio pro socio* (3).

Il carattere della duplicità della formula va espresso col: *quidquid alterum alteri dare facere oportere ex fide bona.*

Familiae erciscundae:

Judex esto: quod hereditas illius illi cum illo com-

(1) Mixtae actiones in quibus uterque actor est ut puta finium regundorum, familiae herciscundae, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi. L. 37, § 1. D. de oblig. et act. XLIV, 7, § 20. Inst. de act. IV, 6. L. 44, § 4. D. fam. ercis. X, 2.

(2) L. 1, pr. L. 3, § 1. D. uti possid. XLIII, 16. L. unic. D. utrubi XLIII, 31.

(3) Gaj. III, 137. Cic. Top. 17, 66, off. III, 17, 70.

munis est, quam ob rem familiae erciscundae arbitrium sibi dari postulaverunt, quantum paret ex ea hereditate alteri ab altero aut Titio adiudicari oportere, tantum iudex alteri ab altero aut Titio adiudicato, quodque ob eam rem, alterum altero dare facere praestare oportet ex fide bona eius iudex alteri alterum c. s. n. p. a.

Communi dividundo:

Judex esto: quod ille fundus illi et illi communis est, quam ob rem illum communi dividundo provocavit, ambo communi dividundo arbitrium sibi dari postulaverunt, quantum ob eam rem alteri ab altero aut Titio adiudicare oportet, id iudex alteri aut Titio adiudicato, quodque alterum alteri ob eam rem dare facere, praestare oportet ex fide bona, eius iudex alterum alteri c. s. n. p. a.

Finium regundorum:

Judex esto: quod inter illorum fundos vicinos de finibus (de loco illo) controversia est, quantum ob eam rem invicem adiudicari condemnarique oportet, id iudex adiudicato, condemnatoque, si non paret absolvito.

Actio pro socio

*Judex esto. Quod inter A.*m et *N.*m *societas contracta est illius rei (omnium bonorum), quidquid ob eam rem N.*m *A.*o *(alterum alteri) pro socio, dare, facere repromittere oportet ex fide bona, eius iudex N. A. (alterum altero) dunstaxat in quantum facere potest malo fecit quominus possit c. s. n. p. a.* (1).

Interdictum uti possidetis de fundo.

Uti nunc possidetis cum fundum quo de agitur quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis ita possideatis adversus ea vim fieri veto (2).

Interdictum Utrubi.

Praetor ait: utrubi hic homo, quo de agitur nec vi nec clam nec praecario ab altero fuit apud quem

(1) Le formule sono desunte dal Rudorff. Edic. perp. §§ 71, 72, 73, 113.

(2) Fest. V. *possessio* pag. 233.

maiore parte huiusce anni fuit quominus is eum ducat vim fieri voto (1).

Le azioni divisorie furono da Giustiniano caratterizzate di una natura mista, cioè in *rem* e in *personam* (2). Questo ibridismo è contrario al senso giuridico e sottile dei romani che fin ab antico dalla natura dei diritti seppero ridurre a due sole categorie le diverse specie di azioni, in *rem* e in *personam actionem* (3). Le divisorie, lasciando da parte il falso oracolo giustinianeo, appartengono per autorità delle fonti (4) al numero delle azioni personali, e ciò rispetto alla loro causa e alla loro origine, perchè fondate sui rapporti obbligatori tra i comunisti; rispetto alle persone le quali sono determinate dal vincolo obbligatorio, e quindi contro di esse sole possono farsi valere; rispetto allo scopo a cui tendono, che non è certamente la rivendicazione o la conservazione di un diritto, bensì la cessazione di un rapporto esistente.

§ 6.

ACTIONES NOXALES, ADJECTITIAE QUALITATIS.

Fin ab antico in Roma si ritenne che sebbene il *paterfamilias* o il *dominus* non rimanesse obbligato per gl'impegni contratti dal figlio o dallo schiavo, nondimeno a ragione di pubblica pulizia dovea rispondere degli obblighi promananti da un delitto. Era certamente in suo arbitrio di sciogliersene col consegnare il delinquente in mano del danneggiato (*noxae dare*) o col presentarlo alla punizione delle verghe, ovveramente pagando l'estimazione della lite (5). Quel che di speciale offresi in queste

(1) Rudorff. cit. § 268.

(2) Inst. de act. IV, 6.

(3) Quot genera actionum sint, verius videtur, duo esse, in rem et in personam, Gaj. IV, 1.

(4) L. 1, D. fin. reg. X, 1. L. 22. § 4. D. fam. ercis. X, 2. L. 1, § 1. C. de annali exc. VII, 40.

(5) Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis existimationem sufferre, aut hominem noxae dedere. pr. Instit, de noxal. act. IV

azioni appellate *noxales* si è, che da per tutto sieguono la persona del delinquente, e quantunque personali, è tenuto a rispondere del maleficio il padrone attuale del servo, non quello nel cui dominio trovavasi a tempo del commesso maleficio: qualora il servo diviene libero, l'azione si converte in diretta contro la sua stessa persona (1), e di ugual modo l'azione diretta puossi convertire in *noxalis* quante volte il delinquente diasi in arrogazione o vendasi schiavo (2). Nessuna azione però nasce dal maleficio del figlio e del servo contro il capo di famiglia, dapoicchè assorbendo questi tutta la loro personalità sarebbe un produrre contro se stesso l'azione. E tanto vale pure, quando il figlio o il servo altrui, dopo commesso il maleficio, passano nella potestà dell'offeso; in quest'ipotesi i proculeiani opinarono che l'azione rimanesse sopita *(quiescere)*, e che risvegliavasi tosto che il reo usciva dalla potesta dell'offeso *(resuscitari)* (3).

La *noxae datio* rispetto ai figli di famiglia non produceva una schiavitù nello stretto senso, bensì un *mancipium* dal quale liberavansi collo sconto della pena. La *noxae datio* da Giustiniano fu conservata solo per gli schiavi, essendo stata da lui abolita in quanto ai figli, come avea per lo innanzi pratticato rispetto alle figlie l'Imperatore Costantino (4).

Quanto alle obbligazioni risultanti da contratti, il diritto civile rigoroso nessun effetto giuridico riconosceva in quelle dei figli e degli schiavi; sicchè costoro non potevano obbligare se stessi per

8, Cum servus iniuriam fecerit.... iniuriarum noxali actio datur sed in arbitrio domini est, an velit eum verberandum axhibere-aut-noxiae dedendum vel litis existimationem sufferendum. L. 17 § 4, 5 D. de iniuriis, XLVII, 10. ved. L. 1 D. de noxal. act. IX 4.

(1) Omnes autem noxales actiones caput sequuntur, nam si filius servusque noxam commiserint quamdiu in tua potestate est, tecum est actio, si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse, si suo iuris caeperit esse, directa actio cum ipso est, et nuxae deditio extingiutur. Gai. IV 77. Vedi L. 7 D. nox. act. cit. § 5 Inst. cit.

(2) Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit, nam si pater familias noxam cummiserit et hic se in abrogatione tibi dederit, aut servus tuus esse caepit-incipit tecum noxalis actio esse, quae antea directa fuit. Gai. IV 77, § 5 Inst. cit.

(3) Gaj IV, 78.

(4) § 7 Inst. cit.

esser privi di ogni capacità, non il *paterfamilias* o il *dominus*, avendo dovuto per lui essere istrumento di guadagno e non di perdita. Molte innovò sul proposito il diritto pretorio sulla base del commercio internazionale per terra e per mare, esso rese obbligato in tutto o in parte il capo di famiglia per gl'impegni contratti dal figlio e dallo schiavo, secondo che contraevano dietro suo generale o speciale permesso, o a sua insaputa. Le azioni che ne nascevano si appellarono *adiectitiae qualitatis* per essere non già un nome, ma una qualificazione aggiunta all'azione medesima.

Il padrone è tenuto a soddisfare gl'impegni contratti per suo ordine, in qualunque siasi modo espresso, dapoichè il comando di contrarre un negozio giuridico fa sì che l'obbligazione si riferisca alla persona che comanda (1), l'azione da ciò prende per aggiunta la clausola: *quod iussu.*

Iudex esto. Quod A.s iussu N.i cum Titio (servo), cum is in potestate N.i esset, negotium quo de agitur gessit, quidquid ob eam rem Titium (servum) A.o dare, facere oportet, eius iudex N.m A.o c. s. n. p. a.

Le obbligazioni contratte dal *magister navis*, da colui cioè cui è stato affidato il governo di tutta la nave (2), sia questi un figlio sia uno schiavo, in virtù dell'editto pretorio (3) legano il padrone della medesima, per la ragione di comune utilità allegata da Ulpiano; *nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahimus, aequumque fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur qui institorem tabernae vel negotio praeposuit; cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro, quam institore; quippe res patitur, ut de conditione quis institoris dispiciat et sic contrahat, in navis*

(1) Merito ex iussu domini adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet. Iussum autem accipiendum est, sive testato quis, sive per epistolam, sive verbis, sive per nuntium, sive specialiter in uno contractu iusserit, sive generaliter. L. 1 D. quod iussu, XV, 4. vedi per intiero il citato titolo. Gai. IV. 70, § 1. Inst. quod cum eo IV. 7.

(2) L. 1 § 1 D. de exercit. act. XIV 1.

(3) Gai. IV 71, § 2 Inst. IV. 6.

magistro non ita, nam interdum locus, tempus non patitur plenius deliberandi consilium (1).

Judex esto. Quod A.s cum Titio magistro, eius rei causa, in quam Titius navi praepositus fuit, negotium, quo de agitur gessit; si paret (quidquid) ob eam rem Titium magistrum A.° tot dare (facere) oporteret, eius iudex, N.m A.° c. s. n. p. a.

Di natura uguale all'antecedente è l'*actio institoria* la quale nasce quando alla direzione di un negozio si propone un servo o un figlio o qualsiasi estraneo (2), dei quali gl'impegni contratti obbligano il padrone, giacchè a detta di Ulpiano: *aequum Praetori visum est, sicut comoda sentimus ex actu institoris, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri.* Non tutti gli atti dell'*institor* obbligano il preponente, ma quelli soltanto che si riferiscono al negozio (3).

Judex esto. Ouod A.s cum Titio, cum is institor illi tabernae a N.° praepositus esset, eius rei cui praepositus fuit, negotium quo de agitur gessit, quid quid ob eam rem Titium A.° dare facere oporteret (ex fide bona), eius iudex N.m A.° c. s. n. p. a.

Per altre azioni il capo di famiglia non è tenuto all'intiero (*solidum*) dell'*obligatio*, e queste sono:

La *tributoria actio*, nascente dal commercio fatto dal figlio o dallo schiavo con una merce peculiare a saputa del padrone. In questo caso la merce messa in commercio dee *pro rata portione* soddisfare i crediti che il padrone, per una ragione qualsiasi, e gli estranei creditori hanno verso lo schiavo. E perchè la divisione a farsi permettesi al padrone, così i creditori, che reputano essere stato loro soddisfatto meno del dovuto in rapporto alla quantità divisa, godono dell'*actio tributoria* (4).

Judex esto. Si paret A.m cum Lucio Titio sciente N.° cuius in potestate L. Titius tunc fuit, peculiaris mercis nomine negotiatum esse, quanto ex ea merce quodque eo nomine receptum est, dolo malo N.i

(1) L. 1, pr. D. de exercit, act. XIV, 1.

(2) Gai. IV 71. § 2 Inst. IV 7. LL. 3, 5 pr. D. de inst. act. XIV, 3.

(3) L. 5 § 11 D. Eod.

(4) § 3 Inst. quod cum eo IV 7 l. 1 pr. D. de trib. act. XIV 4.

minus tributum est quam ex Edicto praetoris tribui oportet, tantam pecuniam iudex N.m A.° c. s. n. p. a.

L'*actio de peculio* e *de in rem verso*, allorchè il figlio o il servo all'insaputa del padrone o suo malgrado avessero fatto un negozio dal quale siagliene venuto profitto, o si sia accresciuto il *peculio*. Nel primo caso il padrone è tenuto a prestare l'intiero, nel secondo, ciò che il peculio consente. L'*actio de peculio* e *de in rem verso* non distinguesi in una doppia forma, essa è una, ma consente due *condemnationes*. Gai. IV, 74; onde il giudice ricercar dee se dalla contrattazione del servo il padrone abbia o no lucrato; e allora passa all'estimazione del *peculio* quando non trova nulla *in rem domini versum aut non totum*, in questo caso deducesi pria ciò di che il servo è tenuto al padrone e va il rimanente compreso nel nome di *peculio* (1):

Judex esto. Quod A.s cum Titio (cum servo illo) cum is in potestate N.i esset, negotium quo de agitur gessit, quid quid ob eam rem Titium A.° dare facere oporteret (oportet) ex fide bona eius, iudex N.m dumtaxat quantum in peculio est dolore malo N.i in hoc anno factum est quo minus in peculio esset quodque in rem N.i versum est, et si quid praeterea dolo malo N.i captus frandutusve A.s sit, A.° c. s. n. p. a. (2).

Il creditore dello schiavo o del figlio di famiglia potea agire specialmente coll'*actio de in rem verso* in tutti i casi che il *peculio* più non fosse esistito: *nec videtur frustra*, dice Ulpiano, *de in rem verso actio promissa quasi sufficeret de peculio, rectissime enim Labeo dicit, fieri posse ut et in rem versum sit, et cesset de peculio actio. Quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo, qui si morte servi extinctum est peculium et annus utilis praeterierit? De in rem verso namque actio perpetua est et locum habet sive ademit sine dolo malo, sive actio de peculio anno finita est* (3). E oltre a ciò un'altro vantaggio nel modo seguente dimostra lo

(1) § 4 Inst. Eod. L. 3 § 1, L. 19 D. de in rem verso XV 3.

(2) Le formule son desunte dal Rudorff. Edic. perp. §§ 101-105.

(3) L. 1, § 1, D. cit.

stesso giureconsulto: *item si plures agant de peculio, proficere hoc ei cuius pecunia in rem versa est, debet; ut ipse uberiorem actionem habeat. Certe si praeventum sit ab aliquo et actum de peculio de in rem verso actio an cesset videndum—: si praestiterit ex actione de peculio dominus, quod servus in rem eius verterat (perimitur de in rem verso actio) si non praestiterit manet* (1).

Dalle formule riportate facile è l'osservare, come nelle *actiones adiectitiae qualitatis* l'*intentio* sia concepita sulla persona dei contraenti, mentre la *condemnatio* si dirige contro il noleggiatore, il preponente, il capo di famiglia; dapoichè è questi che dee soddisfare l'impegno preso dal figlio o dallo schiavo, per essere stato egli nella loro persona in realtà obbligato.

§ 7.

ACTIONES REI, POENAE PERSEQUENDAE CAUSA COMPARATAE, MIXTAE (2).

Le azioni tendono in generale al riordinamento del diritto disturbato col procurarne la soddisfazione e il reintegramento; or quando questa soddisfazione e questo riordinamento si conseguono col semplice riacquisto della cosa che formavane l'obbietto, o mercè un risarcimento e un compenso in danaro, allora l'*actio* dicesi creata *rei persequendae causa*, quantunque il reo per il suo fatto sia costretto a una penale. Non così se il fatto del violatore dal quale si origina l'*actio* contiene un maleficio, se nella persona e nella proprietà dell'offeso restano violate le leggi generali che governano la società e i diritti dei singoli cittadini che la compongono; in tal caso non altrimenti il diritto esser potrebbe reintegrato che mercè la sua riaffermazione sulla persona del violatore, e l'azione a ciò destinata dicesi allora *poenalis* o *poenae persequendae causa comperata*, quando anche la pena in realtà non si sconti personalmente, ma sia, o per la legge o per l'accordo delle parti, computata in danaro. Il carattere puro della penalità non si riscontra che in una legislazione progredita: nell'infanzia di un popolo la riaffermazione del diritto sulla persona del vio-

(1) L. 1, § 1, 2 D. de in rem verso XV. 3, Gai IV. 6.
(2) § 16 Inst. de act. IV. 6. Gai IV. 17.

latore o altrimenti, è la subbiettiva soddisfazione di vedere il delinquente sottoposto a quella misura di pena proporzionata materialmente al fatto delittuoso, e che il magistrato ordina sulla inchiesta dell'offeso, e che avrebbe egli stesso in altre circostanze inflitta. Qui non solo si persiegue la pena che esige la violazione del diritto obbiettivo generale, soddisfasi bensì direttamente al desiderio di vendetta, onde l'azione in senso più proprio piglia l'aggiunta di *vindictam spirans*, ma in genere essa è penale. La persecuzione dell'oggetto e della pena possono contemporaneamente effettuarsi a mezzo di una sola azione, che in tal caso appellasi mista.

Il rispetto alla personalità e all'onore del cittadino, il rispetto ai suoi beni fu dalla romana legislazione fin dalla sua culla, riguardato come il fondamento dell'ordine sociale. Ed è perciò che nelle XII Tavole severissime pene sono sanzionate contro i disturbatori di queste basi sociali, e agli offesi concesse l'*actio iniuriarum* e l'*actio furti*, spiranti vendetta da principio, e in seguito moderate sulla norma obbiettiva della penalità dalla legislazione pretoria e dalla giurisprudenza (1). È assai singolare, che le XII Tavole permettevano per il *furtum nec manifestum* un accordo tra le parti (2) nel qual caso la procedura per il conseguimento del pattuito si era quella dell'*actio sacramenti*, nella quale incombeva all'attore di determinare con tutta precisione i fatti che attribuiva al reo, e la provocazione ad una somma di danaro; l'*intentio* concepivasi sul *pro fure damnum decidere oportere* con parole solenni presso a poco nel modo seguente:

> *Aio ope consilioque tuo mihi furtum factum esse paterae aureae, ob eamque rem te pro fure damno mecum decidere oportere* (3).

Nel sistema formulario conservossi il principio delle XII Tavole sull'accordo delle parti; esso però dovea cadere su duplo o sul quatruplo secondo che si fosse trattato di un *furtum non manifestum* o *manifestum*.

(1) Non è dell'indole del presente lavoro il fare un'esposizione della teoria romana sul *furtum* e sulla *iniuria*, e casi affini, che appartengono meglio al diritto penale; si veggano sul riguardo Walter II 792-802. Rudorff II 105-110, Hollweg I § 47, 48. II. 95.

(2) De furto pacisci lex permittit. L. 7. § 14, D. de pact. II. 14.

(3) Keller § 15 n. 220.

La formula è stata così restituita coll'*intentio iuris civilis*:

> *Iudex esto*: *Quod N.s A.o furtum fecit paterae aureae qua de re agitur*: *si paret ob eam rem N.m A.o pro fure damnum decidere oportere; quanti paret eam rem fuisse tantae pecuniae duplum (quatruplum) iudex N.m A.o c. s. n. p. a.* (1).

Di un'altra natura erano le azioni che non da un'offesa (*delictum*) nascevano, sibbene da un danneggiamento (*noxia*); in queste manifestavasi il carattere della pura *rei persecutio*, o del risarcimento del danno, e la loro forma generale nelle XII Tav. era l'*actio de ruptis sarciendis* (2). Ed *actiones rei persequendae* secondo queste leggi si eran quella *de pauperie* (3), l'*actio pluviae arcendae* (4), l'*actio viae reiectae* (5).

Erano miste: *l' actio arborum furtim caesarum* delle XII Tavole (6) e l'*actio damni iniuriae* della legge Aquilia (7).

Affini all'*actio iniuriarum* sono: *l' actio sepulcri violati* (8), le *actiones de effusis et deiectis* (9), *l' actio si canem et verrem ecc.* dell' editto edilizio (10), *l' actio si liber homo periisse dicetur* (11), *l' actio patroni adversus libertum* per la *in ius vocatio* non autorizzata dal magistrato (12), e in modo tutto speciale la *querela inofficiosi testamenti* (13).

(1) Hollweg II § 95 p. 301, vedi Rudorff. II § 106 p. 353, 354, Edict. perpt: § 134. 135.

(2) L. 9 D. de incend. ruin. XLVII. 9 Fest. V. *Rupitias*.

(3) Pr. Inst. si quadrup. IV, 9. Paul. Sent. I. 15, § 1.

(4) L. 21 D. de stat. Lib. XL, 7, L. 5 D. ne quid in loc. pub. XLIII. 8, Cic. Top. IX, 39.

(5) L. 3 pr. D. de via publica XLIII. 11.

(6) Plinius II. N. XIV, 1, XVII 1. Tit. D. XLVII, 7 arb. furt. caes. e L. 1. Eod. Gai IV 11.

(7) Sulla storia e il contenuto della legge Aquilia: V. Walter II 798. Rudorff I. § 41.

(8) L. 3 D. de sepul. viol. XLVII. 12. Paul. sent. I 21.

(9) L. 5 § 5 de his qui effud. IX 3.

(10) L. 40 § 1, LL. 41, 42 de aedif. XXI. 1.

(11) D. de his qui eff. IX 3.

(12) L. 24 D. de in ius voc. II. 4.

(13) L. 4, L. 8 pr. L. 22 pr. D. de inoff. test. V. 2.

Quanto alle persone dalle quali e contro le quali possono queste azioni esercitarsi è generale la massima, ch'esse solo all'offeso competono contro il delinquente; i loro eredi ne sono estranei appunto perchè l'*actio* non è una di quelle che formano parte del patrimonio del defunto, come la pena non può scontarsi che dal solo autore del fatto delittuoso. Per le *actiones rei persecutoriae* e *mixtae*, dal punto di vista dell'arricchimento con altrui danno è permesso che si facciano valere contro gli eredi *de eo quod ad eos pervenit* (1).

§ 8.

ACTIONES PRAEIUDICIALES.

Il *praeiudicium* è un giudizio che ha per iscopo la semplice dichiarazione dell'esistenza di un diritto, di un fatto, di una qualità, dalla quale potrà in avvenire pendere una questione, un processo, un giudizio; così il diritto ereditario può e deve dipendere dalla dichiarazione che l'erede sia figlio, o viceversa padre del defunto, quando se ne mette in dubbio lo stato. La formula pregiudiziale risulta dalla sola *intentio* senza *condemnatio* (2). Per questa natura speciale il *preiudicium* distinguesi da tutte le altre azioni prese nel senso stretto della parola, appunto perchè l'*actio* ha bisogno dei due elementi essenziali, la *intentio* e la *condemnatio;* ma costituendo esso un *iudicium* e con *formula* (3), ed essendo identico il significato di *formula* a quella di *actio*, viene annoverato tra le *actiones* in largo senso e nelle fonti parlarsi di un' *actio praeiudicialis* (3).

I rapporti di diritto *(ius)*, convertiti per la trasformazione fatta da Augusto nel tribunale centunvirale in rapporti di stato (*status*) dei quali domandavasi la dichiarazione a mezzo del *preiudicium*, erano quelli riguardanti la schiavitù, la libertinità, la famiglia,

(1) Gai. IV, 112. § 1 Inst. de perp. et temp. act. IV 12. L. 111 D. de regul. iuris. L. 17 — L. 35 pr. de oblig. et act. XLIV. 7, LL. 38, 44 de Reg. iuris. cit.

(2) Gai. IV, 44.

(3) Gai. cit.

(4) L. 37, pr. D. de oblig. et act XLIV, 7. § 3 Inst. de act. IV, 6.

cioè se alcuno fosse stato servo o libero (1), figlio o sui *iuris* (2), liberto o ingenuo (3), tutto speciale era il *preiudicium de agnoscendo partu* (4), introdotto dal senato consulto Planciano forse sotto Vespasiano, e concesso alla moglie gravida separata dal marito a favore del nascitario quando avesse denunziato al padre lo stato di gravidanza fra i trenta giorni della separazione ; con questa denunziazione assicuravasi al figlio la paternità. Esempî dei pregiudizî riguardanti le cose di fatto (*factum*) sono: quello della *lex Pompeia de sponsoribus* (666) per il quale dichiarasi sulla proposta di uno *sponsor*, o di un *fideipromissor*, fatta fra trenta giorni della fidepromissione, se il creditore abbia preannunziato loro il subbietto della fidepromissione secondo la legge e il numero dei compromissori e dei confideiussori, il risultato negativo estingue la garentia (5); quello del *quanta dos sit*, cioè a quanto ammonti la dote della moglie promessa dal padre e non determinata nella *promissio dotis* (6); il *preiudicium*, se un'obbietto fosse stato giustamente venduto, trattandosi di fallimento (7); è assai oscuro il caso riferito da Paolo (8) nel quale sull'*ereditatis petitio* deesi decidere per il *preiudicium an ea res de qua agitur*, *maior sit centum sextertiis* (9).

Nei pregiudizî mancano a parlar propriamente le parti di attore e di convenuto; pure in rispetto all'obbligo della pruova, quegli ritiensi per attore la di cui asserzione è ricevuta nella formula, e che ha in generale suscitato il pregiudizio, così: *si paret L. Titium servum Aulii Agerii esse — si paret Lucium Titium liberum esse* (10).

(1) § 13, D. Inst. de act. IV, 6. L. 7, § 5, de lib. caus. XL, 12.
(2) L. 1 § 2, D. de rei vind. VI 1. L. 8 D. de prob. XX, 3.
(3) L. 8 § 1, D. de in ius voc. II, 4. L. 6 D. si ingen. XL, 14.
(4) L. 9 C. de patria potest. VIII, 47.
(5) Gaj. III, 123.
(6) Gaj. IV, 44.
(7) L. 30 D. de reb. auct. iud. XLII, 5.
(8) Sent. V, 9, § 1.
(9) Vedi Huscbke n. 7. sotto il citato § di Paolo.
(10) L. 7, § 5, L. 12 D. de lib. caus. XL. 12, L. 6, D. si ingen. XL, 14. L. 12. D. de except. praescript. XLIV, 1.

§ 9.

ACTIONES PRIVATAE, POPULARES.

Gl' interessi possibili ad agitarsi in un giudizio appartengono o esclusivamente a un individuo, o esclusivamente allo stato, al comune, al municipio, o sono di tal natura che coll'interesse pubblico immediatamente si connette quello dell' individuo, per modo che dalla soddisfazione di questo quello ancora si consiegue. Nel primo e nell' ultimo caso l' *actio* ha un carattere privato, è l' interessato che l' intenta a proprio conto e vantaggio; ma se egli nell' ultimo caso si astiene, allora l'*actio* diventa popolare (1), è perciò che vien anche detta popolare impura o mista. L'*actio popularis* nei giudizi civili è ciò che nei penali è la pubblica querela, compete a ogni cittadino per la difesa degl'interessi della comunità, del popolo, e se più cittadini concorrono il magistrato sceglie il più atto (2). Però bisogna esser capaci di rappresentanza, dapoichè l' attore è un *procurator populi*; ond' è che sono escluse le donne, i minori, e in generale coloro che sono pienamente privi delle capacità di *postulare*. La sentenza su questa azione produce l' *exceptio vulgaris rei iudicatae* (3) che rende impossibile un secondo giudizio, e l' *actio iudicati* compete al magistrato della comunità, e al privato nelle azioni miste.

Sono azioni popolari l' *actio de albo corrupto*, *de' effusis et deiectis, de positis et suspensis, de sepolchro violato, si hominem liberum periisse nocitumve ei esse dicetur, de termino moto, de locis et aquaeductis publicis* (4). A somiglianza di queste e simili azioni, esistono ancora dei pubblici interdetti, p. e. *interdicum de via publica*,

(1) L. 3. pr. § 10. L. 6 D. de sepulch. viol. XLVII. 12.

(2) L L. 2. 3 § 1 D. de popul. act. XLVII. 23. L. 3 pr. L. 6 de sep. viol. cit. L. 5 § 5 D. de his qui effus. IX. 3. L. 12 D. de hom. lib. exhib. XLIII, 29.

(3) L. 3 pr. de popul. act. cit.

(4) L. 7 D. de iurisd. II. 1. L. 1 pr. L. 5 § 5, L. 13 de his qui effus. cit. L. 25 § 2 D. de SC. Silaniano XXIX 5. L. 3 pr. § 12 L. 9 D. de sepul. viol. cit. L. 3 pr. D. de termine moto XLVII. 21. Lex Man. c. 4.

de flumine publico, de homine libero exibendo (1), *operis novi nuntiatio* (2).

La facoltà di lasciarsi rappresentare in giudizio da parte dell'attore nelle azioni popolari è interdetta; l'*actio* non passa all'erede cui fu restituita l'eredità in virtù del SC. Trebelliano, non si concede ontro gli eredi, e la sua durata non è maggiore di un'anno (3).

§ 10.

ACTIONES PERPETUAE, TEMPORALES.

Dalla loro durata soglionsi le azioni distinguere in perpetue e temporali: non già che quelle nel nuovo diritto realmente potessero in ogni tempo farsi valere, e queste solo entro un termine prefinito, le une e le altre sono temporanee e la perpetuità si prende in un senso improprio, per significare una durata maggiore. Non così nell'antico diritto civile, qui l'azione è duratura, l'attore a suo libito può in ogni tempo farla valere, e non s'introduce che indirettamente il concetto di apporre il limite del tempo all'esercizio del diritto; ben s'intende però che l'*actio* esisteva fin tanto che avea vita il diritto, estinto questo p. e. coll'*usucapio* o altrimenti per peculiare disposizione di legge l'*actio* veniva meno con esso.

Il diritto pretorio imitò in origine il diritto civile, anche in alcune azioni penali (4), e per regola nelle azioni *rei persecutoriae* (5). La giustizia, la certezza e la stabilità dei diritti, l'interesse privato come il pubblico e l'economico richiedevano che pur finalmente si avesse provveduto a che non si multiplicassero le liti da per se stesse numerose, con questo illimitato potere dell'azione in rapporto al tempo: il diritto pretorio e l'edilizio sulla

(1) L. 2 §§ 34, 36 ne quid in loc. pub. XLIII. 8. L. 1 § 3 D.de via publ. XLIII, 11. L. 1. § 9 ne quid in flum. XLIII. 13. L. 3 § 9 de hom. lib. exhib. XLIII. 29.

(2) L. 3 § 4, LL. 4, 8, § 3 D. de op. nov. nuncial. XXXIX. 1.

(3) LL. 5, 7, 8, de popul. act. XLII. 23.

(4) Gai. IV. 111 L. 13 D. de servo corrup. XI 3.

(5) L. 35 D. de obl. et act. XLIV, 7. L. 21 § 5 D. rer. amot. XXV 2. L. 3 § 4 D. Nautae, cauponae ecc. IV. 9.

base di questo bisogno introdussero il periodo annale per la durata dell' azione fino al termine di sei e rispettivamente di due mesi. Così di rimpetto al diritto civile di una illimitata efficacia, levasi il diritto pretorio che restringe l' azione al massimo di un anno, onde la distinzione di *actiones perpetuae et temporales* nel senso rigoroso.

CAPO VII.

Elementi straordinari della formula.

Oltre i già esposti al Capo V come elementi ordinari, altri ve ne sono che costituiscono gli elementi straordinari o accessori della formula, e che sono le *praescriptiones* e le *exceptiones*, *replicationes*, *duplicationes* ecc.

§ 1.

PRAESCRIPTIONES.

Praescriptiones, dice Gaio, *appellatas esse ab eo quod ante formulas praescribuntur* (1), ed erano delle clausole, delle riserve che precedevano o si aggiungevano alla formula, originariamente tanto a favore dell' attore che del convenuto, in seguito a vantaggio del primo soltanto, per essere stato al secondo provvisto coll' *exceptio*.

La *praescriptio* serviva a limitare il contenuto della *intentio*, essa era una dichiarazione indiretta di ciò che l' attore desiderava si fosse deciso dal giudice senza pregiudizio di ulteriori diritti, i quali, senza questa dichiarazione, sarebbero andati irremissibilmente perduti. L' *intentio* esauriva tutto il diritto dell' attore e presentata la formula al giudice, dietro la sentenza, non eravi altro scampo alle pretese e alle domande che avesse l' attore potuto ulteriormente levare per il noto principio: *bis de eadem re ne sit actio*; se per esempio, dovevasi all' attore una prestazione

(1) Gai. IV. 132.

da replicarsi sempre in determinati periodi di tempo in virtù di una stipulazione (*pecunia certa in singulos annos vel . menses stipulata)*, qualora egli si presentava al magistrato a domandare il soddisfacimento del diritto scaduto, la formula isolatamente concepita avrebbe esaurito nell' intentio tutto il diritto, quindi anche la futura prestazione, che col *quidquid paret dare facere oportere* veniva dedotta in giudizio *(tota res in iudicium est deducta*). A salvare dunque il suo diritto l'attore avea bisogno di una riserva, di una dichiarazione che avesse demarcato i confini dell' *intentio* sottraendovi tacitamente quella parte che avrebbe voluto in appresso far valere; questo era l' ufficio della *praescriptio* che nell' esposta ipotesi sarebbe: EA RES AGITUR MODO CUIUS REI DIES FUIT: così:

> *Ea res agitur cuius rei dies fuit.*
> *Quod A.s de N.° ex illa die in annos singulos dena dari stipulatus est; quid quid paret ob eam rem N.m A.° dare facere oportere, eius iudex ecc.*

In tal guisa il diritto futuro non era leso, e del presente ottenevasi la soddisfazione (1). Parimenti se si trattava di un *fondo mancipi*, il compratore perdeva il diritto di domandare la tradizione che dovevasi p. e. *ex stipulatu*, qualora avesse nuda e semplice concepita l' *intentio*, poichè il *quidquid ob eam rem dare facere oportere* consumava anche il diritto di domandar la *vacua possessio;* a ciò ovviavasi colla *praescriptio :* EA RES AGITUR DE FUNDO MANCIPANDO (2).
così:

> *Ea res agitur de fundo mancipando.*
> *Quod A.s de N.° fundum Cornelianum emit; quid quid ob eam rem N.m A.° dare facere oportet ex fide bona ecc.*

La *praescriptio* è separata dall' *intentio* quante volte questa è concepita distintamente dalla *demonstratio*, non così nel caso che *intentio* e *demonstratio* si confondono; allora la *praescriptio* s' inserisce nella formola *loco demonstrationis*, sicchè o si confonde con essa o la rimpiazza.

(1) Gai. IV. 131.
(2) Gai. IV. 131.

Così:

Judex esto: quod A.s de N.° incertum stipulatus est MODO CUIUS REI DIES FUIT, *quidquid ob eam rem ecc.*

Solo quando s'agisce contro lo *sponsor* o il *fedeiussor*, a ragione di chiarezza la *praescriptio* suolsi nella persona dello *sponsor* concepire nel modo seguente:

Judex esto. Ea res agitur quod A.s de Titio incertum stipulatus est, quo nomine N.s sponsor est, (o, pro Titio incertum fide sua esse iussit) CUJUS REI DIES FUIT. *Quid quid ob eam rem N.s A.° dare, facere oportet, eius iudex N.m A.° c. s. n. p. a.* (1).

Nell' *intentio* si esprime sempre il nome del debitore e del creditore, nella *praescriptio* il nome di colui col quale l'oggetto p. e. si è stipulato, *de facto enim quaeritur*, dice Gaio, *quod secundum naturalem significationem verum esse debet* (2); così, se il servo *Sticho* ha stipulato dieci mila, nella *praescriptio* va nominata *Sticho*, nell' *intentio*, *Agerio*.

Ea res agitur quod Stichus A.i servus de N.° stipulatus est, si paret N.m A.° X M. dare oportere ecc.

Il che ha luogo, come abbiam sopra (Cap. VI § 6) veduto, tutte volte che il diritto non è immediatamente acquistato dall'attore, ma da una persona a lui sottoposta.

La *praescriptio* concedevasi in antico anche al reo, e in questo caso avea il vero significato di un'*exceptio*, e con questa ai tempi di Gaio trovavasi confusa. Formalmente il suo scopo era di far sì che la decisione attuale non pregiudicasse un'altra più grave e che esser dovea dedotta in altro giudizio, o innanzi a un'altro tribunale; Gaio ci dà ad esempio la *praescriptio*: *ne hereditati preiudicium fiat*, dedotta allora a guisa di eccezione, e per la quale il Magistrato come clausola aggiungeva alla formula:

Si ea res qua de agitur inter A.m et N.m haereditati (praedio, fundo, partive eius, rei maioris pecuniae, in reum capitis) praeiudicium non fiat.

Il risultato si era che incombeva al giudice d'investigare se per la dimanda dell'attore *de singulis rebus* rimanesse pregiudicata la questione dell'eredità, e se sopra questa profferiva il suo giudizio

(1) Gaj IV. 136, 137.

(2) Gaj IV. 134.

la sentenza era nulla; onde terminata la questione di bel nuovo domandar si potea l'eredità (1).

§ 2.

EXCEPTIONES.

Quando il diritto dell'attore risponde conforme alle ricerche del giudice ci fa mestieri che il reo sia condannato. È ben naturale, questi ha ogni facoltà di distruggere il contenuto dell'*intentio;* senza bisogno di una speciale dichiarazione del magistrato colui che è aggredito nel suo diritto presuntivo può mettere in opera tutti i mezzi che valgono a tutelarlo. Or il convenuto può opporsi alle presunzioni dell' attore col dimostrare o l' inesistenza del diritto di lui; o se sia esistito, i fatti che sono valsi a distruggerlo; o l'esistenza di un diritto dalla sua parte che collide e toglie a quello dell'avversario ogni efficacia. Questi diversi modi di opporsi all'altrui diritto vanno sotto nome di *exceptiones* in un largo significato: in un significato più rigoroso e classico s'intende per eccezione l'ultimo modo solamente; ond'è che se non nella materiale concezione dei termini, certo nel contenuto, l'*exceptio* niega o esclude sempre il diritto dell'attore (2), il reo in certo modo si converte in *actor* (3), e la eccezione tiene le veci d'*intentio* (4).

Ai tempi del diritto rigoroso al reo non fu d' uopo di questo espediente alla tutela del suo diritto (5). Non già che gli fosse stato vietato di difendersi, che impossibile allora sarebbe stato

(1) Gaj IV. 133 edizione e note di Huschke.

(2) L. 2, pr. de except. XLIV, 1.

(3) Agere etiam is videtur qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio quae interponi actioni cuiusque rei solet ad concludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est. L. 1, 2. D. cit.

(4) In exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere. L. 19, pr. D. de prob. et praesc. XXII, 3.

(5) Alia causa fuit olim legis actionum nam qua da re actum semel erat de ea postea ipso iure agi non poterat, nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Gaj IV, 108.

un giudizio; ma in quanto che il puro diritto civile esclusivamente essendo in vigore, il reo senza bisogno di un permesso speciale era in diritto di distruggere con mezzi puramente civili le pretese del suo avversario. Ma quando il diritto naturale e l'equità aprironsi la strada tra gli elementi del diritto civile, allora il magistrato prese a inserire nella formula, sulla domanda del reo, i mezzi di difesa che estranei erano a questo diritto, però conformi all'equità ch'egli proteggeva; ond'è che dirimpetto a questa equità l'*actio* riguardavasi come *iniqua* (1). L'inserzione nella formula era indispensabile, dapoichè, non provenendo questi mezzi dal diritto civile, e quindi tutta la loro efficacia discendendo dalla giurisdizione pretoria, questa non ispiegavasi che nella formula.

L'*exceptio* ebbe dapprima il nome di *praescriptio*, perchè si faceva precedere alla formula; e siccome accordavasi all'attore di far delle riserve e delle dichiarazioni dell'*intentio*, così al reo apparteneva di far inserire nella formula un mezzo di difesa, che ritrovato vero, senza bisogno di discutere il fondo della causa, facea perdere il diritto all'attore. Era perciò che l'*exceptio* precedeva l'*intentio*, e il suo esame dal giudice istituivasi pria di ogni altra ricerca. Ai tempi di Gajo, siccome abbiam veduto, la *praescriptio* appartenne solo all'attore, le difese del convenuto si appellarono *exceptiones* e andarono scritte a piè della formula; i due termini però *exceptio* e *praescriptio* spesso suonavano come sinonimi.

L'*exceptio* concepita ordinariamente a guisa di condizione negativa *(si non, ac si non, si in ea re nihil, quod non)* rendeva condizionale la *condemnatio* del giudice, cioè questi allora dovea condannare, quando non fosse stato trovato vero il mezzo di di-

(1) Comparatae sunt exceptiones defendendorum eorum gratia cum quibus agitur: saepe enim accidit ut quis iure civili tenentur sed *iniquum* est cum iudicio condemnari, veluti si stipulatus sim abs te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam ea pecunia a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis, sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere. Gaj. IV, 106, vedi Cic. orat. XXVIII, 100, XXIX, 102.

fesa, onde intanto era possibile la *condemnatio*, in quanto possibile si era l'inesistenza dell' *exceptio* (1).

L'*exceptiones*, al pari che le azioni, erano registrate nell'*Editto pretorio* (2); non tutte, molte si accomodavano e si componevano dal magistrato *causa cognita* (3); tutte però dovevano essere impetrate dal magistrato in modo simile all' *actio*.

Ei bisogna osservare, che non perchè il convenuto metteva in opera l'*exceptio* nel suo vero senso, era da supporre ch' egli avesse tacitamente acconsentito nell' *intentio* del suo avversario (4), egli dimandava l'*exceptio* perchè fondata sull' equità, e perchè non avrebbe potuto altrimenti che coll' *impetratio* farla valere; ma chi gli avrebbe vietato di opporre al creditore il pagamento già eseguito, di niegare il fondamento del diritto come mancante di alcuno dei requisiti essenziali che gli danno efficacia? tutto quanto avea attinenza alla creazione, o estinzione, o nullità del diritto preteso potea esser da lui dedotto in giudizio sopra la base della legge; non così di un mezzo alla legge contrario, ma conforme alla naturale giustizia.

La distinzione dell' *actio in ius* e in *factum concepta* si riflette in certo modo anche sull' *exceptio*, la quale secondo il suo materiale fondamento promana o dal diritto civile, o dalla giurisprudenza pretoria.

L'eccezioni principalmente si dividono in perentorie e dilatorie, dette anche perpetue le prime, temporarie le seconde. Perentorie si dicono quando per sempre paralizzano il diritto dell'attore, per modo che tante volte possono farsi valere quante volte si affacciano le pretenzioni dell'attore; sono dilatorie quando la durata della loro efficacia estendesi a un tempo determinato o pende da

(1) Omnis exceptio obiicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iudicem eum cum quo agitur condemnet, quam si nihil in ea re qua de agitur dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conventum de non petenda pecunia factum fuerit. Gaj, IV, 119.

(2) Gaj IV, 118 Cic. ad Att. VI, 1, 15.

(3) L. 17 § 4 D. de inst. act. XIV, 3.

(4) Non utique existimatur confiteri de intentione adversarii, qui exceptione utitur. L. 9 D. de except. et praescrip. XLIV, 2.

talune condizioni, cosicchè esse non sono una contro-azione nel vero senso, bensì un' impedimento processuale, che si rimuove passato il tempo prefisso (1).

Discorriamo brevemente queste due classi.

Appartengono alle perentorie:

L' *exceptio doli mali* proposta dal pretore, a detta di Paolo: *ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit* (2); La natura del dolo si desume dai fatti ch'è ufficio del giudice di esaminare; ond'è che nessuno ne viene specificato nella formula:

Si in ea re nihil dolo malo actoris factum est neque fiat.

Di questa eccezione scrive Ulpiano: *generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit quicunque quod quaque exceptione elidi potest, petit*, e similmente Paolo: *dolo facit qui petit quod redditurus est;* quegli che ne fa uso *docere.... debet... dolo malo autoris factum; nec sufficit ei ostendere in re esse dolum; aut si alterius dicat dolo factum, eorum personas specialiter debebit numerare dummodo hae sint quarum dolus noceat* (3).

L' *exceptio quod metus causa*, dal pretore concessa contro quelle stipulazioni ed alienazioni, che fatte sotto la pressione della violenza o del terrore erano per valide ritenute dal diritto civile. Ecco quanto ne scrive Ulpiano: *metus causa exceptionem Cassius non proposuerat contentus doli exceptione, quae est generalis. Sed utilius visum est etiam de metu opponere exceptionem, etenim distat aliquid doli exceptione; quod exceptio doli personam complectitur eius qui dolo fecit: enim vero metus causa exceptio in rem scripta est: si in ea re nihil metus causa factum est; ut non inspiciamus an is qui agit metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocumque, non tantum ab eo qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non obiiciatur, veruntamen hoc iure utimur, ut de metu non tantum ab auctore sed a quocunque adhibito exceptio obiici possit* (4).

(1) Gaj. IV, 121, 122. § 9, 10, Inst. de except. IV, 13, L. 3 de except. XLIII, 1.

(2) L. 1 D. de doli mali et metus except. XLIV. 4.

(3) L. 2 pr. § 5. L. 8 D. eod.

(4) L. 4 § 33 D. Eod. Vedi L. 9 C. de contrah. et commit. stip. VIII. 38.

L' *exceptio pacti conventi* della quale si serve il debitore contro il creditore col quale ha convenuto di non pagare il suo debito; essa è perpetua o temporale secondo che il non pagamento siasi convenuto assolutamente, o per un tempo determinato (1):

Si intra A^m*: et* N^m*: non convenit ne ea pecunia (intra illud tempus) petatur* (2).

L' *exceptio compensationis*, per le azioni *stricti iuris;* in quelle di buona fede il giudice dee tener conto di tutte le ragioni del reo, senza bisogno di un mandato speciale (3). Con questa eccezione, l' attore perdeva il suo diritto, e ciò, perchè la *compensatio* avendo luogo *ipso jure* (4) tra debiti e crediti ugualmente liquidi ed esigibili, il creditore era tenuto nell' *intentio* di domandare il suo diritto per quella parte che non fosse stata coverta dalla *compensatio*, ond' egli domandando l' intiero incorreva nella *plus petitio*, e quindi nella perdita del suo diritto (5).

L' *exceptio rei iudicatae* della quale sarà altrove discorso.

L' *exeptio rei in judicium deductae.* La differenza tra la *deductio* e la *compensatio* si vegga presso Gajo IV 66-68.

L'*exceptio si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur* (6). *Contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudum vero qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (7); onde due specie di eccezioni, l' una *legis*, l' altra in *factum*. Alla prima appartengono l'*exceptio* della legge Cincia rispetto alle donazioni tra vivi (8), della legge Pletoria per la *circumscriptio adolescentium* (9); alla seconda appartiene ciò che in *fraudem legis* si fa nelle *donationi* (10). I senati consulti dei quali parla Gaio sono:

(1) Gai. IV. 116, 121, 122.
(2) Gai. IV 116.
(3) Gai. IV. 66.
(4) L. 21 D. de compensat. XVI. 2.
(5) Gai. IV. 68. Paul sent. II, 5 § 3.
(6) Gai. IV 121. L. 3 D. de excepit. XLIV, 1.
(7) L. 31 D. de leg. I. 3.
(8) Vatic. Frag. 298-309.
(9) Cic. de offic. III, 15. Lex Iulia Municip. V. 112. L. 7 pr. D. de dolo malo IV. 3.
(10) Vatic. Frag. 310.

il Velleiano che soccorre alle donne coll'*intercessionis exceptio* (1), il Macedoniano a favore dei figli di famiglia contro gli usurai (2).

L'inserzione nella formula era:

Si in ea re nihil contra legem (Cinciam, Pletoriam) contra senatus consultum (Velleianum, Macedonianum) factum sit.

Le dilatorie dividonsi in *exceptiones ex tempore* ed *ex persona*. Alla prima specie appartengono:

L'*exceptio litis individuae et rei residuae*, quest'ultima contro colui che in giudizio ha dimandato solamente una parte dell'obbietto dovutogli e chiegga poscia il rimanente; la prima contro colui che avendo più litigî connessi *de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit ut ad alios iudices agentur.* Sono dilatorie perchè non si estingue il diritto, ma bisogna attendere un'altra pretura per ripetere il residuo o intentare le altre liti (3); il diritto però si perde quando il portatore sotto la medesima pretura vuole tentare il novello gindizio (4).

L'*exceptio pacti per tempus*, sopra cennata.

Appartengono alla seconda specie:

L'*exceptiones cognitoriae et procuratoriae* (5) contro colui, che *per cognitorem agit* quando non gli è consentito o quando presenta un'incapace (6).

Molte altre eccezioni ancora esistono tanto nella famigia delle perentorie quanto delle dilatorie le quali, per amor di brevità, ci dispensiamo dall'esporre.

Si dividono inoltre le eccezioni, in *exceptiones quae personae cuiusque cohaerent, et rei cohaerentes exceptiones.* Questa distinzione ha diverso valore di quella che si fa delle azioni in reali e personali; ma le prime si dicon tali in quanto che non *transeunt ad alios* e devono quindi esser prodotte dal solo convenuto, le seconde invece possono essere opposte tanto da chi ne ha il diritto quanto dai suoi fideiussori, o eredi universali (7).

(1) L. 7 § 1 D. de except. cit.
(2) LL. 1, 7. pr. § 1 D. de S. C. Mac. XIV, 6.
(3) Gai, IV, 122.
(4) Gai. IV. 123.
(5) L. 3 D. de except. XLIV. 1.
(6) Gaj IV, 122.
(7) L. 7 D. de except. cit.

Il convenuto, nel produrre le sue eccezioni, sostenendo la parte di attore è tenuto all' obbligo della pruova; dapoichè, per distruggere le pretese della parte avversa, conviene dimostrare fondato il proprio diritto (1), ed è solo per rispetto alla pruova che l'*exceptio* mettesi al livello dell' *actio*. Però se ne differisce grandemente in ciò, che essa non tende a far condannare l' attore, bensì ad una formale e diffinitiva difesa del convenuto col rimuovere da lui la condanna. Simili all'*exceptio*, sono le *replicationes*, *duplicationes triplicationes* e così via via (2) in forma sempre affermativa da parte dell' attore.

CAPO VIII.

Estinzione dell'*actio* e dell'*exceptio*.

A compiere il nostro breve trattato delle azioni e delle eccezioni uopo è l' esporre qualche cenno sulla loro estinzione.

Spesso ci è incontrato di osservare come l' azione pigli origine dal diritto, e come essa non sia altro che il diritto medesimo nello stato di attività contro un' ostacolo, o una violazione. Diritto ed ostacolo sono i due elementi richiesti per l' *actio*, l' uno la genera, l' altro la lascia attuare; mancandone un solo l' azione cessa, colla differenza però che nella mancanza del diritto essa necessariamente perisce, non così se cessa l' ostacolo. Sicchè a rigor di termine allora l' azione si estingue quando al diritto vien meno la base giuridica. Ond' è che non chiammeremmo mai una reale estinzione dell' *actio* quella che nascendo prima da un' obbligazione, da un contratto o simili, ci si presenta sotto l' aspetto di cosa giudicata, in questo caso il diritto trasformasi in un nuovo rapporto in virtù della sentenza; ma essenzialmente rimane lo stesso, e quell' oggetto che pria poteasi esigere per mutuo o per vendita, oggi si chiede in virtù del giudicato. Ma se così va nel campo dell'astrazione, non è lo stesso nella sfera del diritto positivo dalla quale pigliano principio le nostre ragioni giuridiche. Giuridicamente l' azione cessa quando mancano i soccorsi della

(1) L. 1, 19 D. de prob praesumput. XXII, 3.

(2) Vedi Gaj IV. 126-129. Inst. de replicat. IV. 16.

legge; or la legge può riconoscere un diritto vestito delle forme di un nuovo rapporto e prestargli assistenza, quando gliela niega nelle forme antiche; questo rifiuto importa estinzione di un diritto, l'assistenza creazione di un novello, e quindi estinzione e creazione dell' *actio*.

La morte del portatore del diritto non estingue l'azione, se non quando inerisce strettamente alla persona di lui, ed anche in questo caso spesso per la contestazione della lite se ne trasmette la continuazione agli eredi.

Quantunque il non uso del diritto non sia una cagione sufficiente a produrne la perdita, pure la legge può disporre che dopo un tempo determinato il diritto per il non uso perda ogni efficacia gli toglie quindi la forza giuridica ch' è l' *actio*, e rende impossibile l'antico possessore a intentarla a cagione della *temporis praescriptio*. Di questo mezzo potente di estinzione ne diremo quel tanto che all'argomento si riferisce.

All'antico diritto romano era ignoto l' istituto della *praescriptio:* ogni diritto godeva di una durata perpetua, finchè non vennero i pretori e gli altri magistrati con giurisdizione colle loro azioni annali per le quali il diritto di perpetuo che era divenne temporaneo. Noi abbiam veduto che cosa era la *praescriptio* nel sistema formulario, era una riserva e una dichiarazione per l'attore, una specie d' *intentio* per il convenuto, la qualo pregiudicava il diritto dell'avversario. Or se l' attore avesse voluto domandare la soddisfazione del suo diritto dopo trascorso il tempo utile a ricevere l' *actio* pretoria e la formula, il convenuto lasciava in questa inserire la *temporis praescriptio*, in virtù della quale si liberava, qualora fosse risultata vera nell' esame pregiudiziale.

Questa norma di opporre in certe formule la *praescriptio* divenne a tempo degl' imperatori una massima generale per tutti i diritti; onde si dissero *prescritti* quando nell' intervallo di un tempo determinato non si avessero fatto valere. Ma la voce *praescriptio* cangia di significato, si confonde coll' *usucapio*, e ciò che era un mezzo estintivo ed una *exceptio* si converte in mezzo acquisitivo.

Il tempo per la prescrizione dell' *actio* è diverso, e già abbiam osservato che per i *iudicia legitima* fu portato a 18 mesi dalla lege Giulia, mentre era la durata di una pretura per i *iudicia imperio continentia*. Speciali prescrizioni s' introdussero in tempi

posteriori; così, una *quadriennii praescriptio* (1) per le vindicazioni fiscali dei *bona vacantia;* una prescrizione di cinque anni per la *proclamatio in ingenuitatem, retractatio collusionis, quaerela inofficiosi, vindicatio commissi* del Fisco, *separatio bonorum*, *crimen adulterii.* La *longi temporis praescriptio o exceptio*, per le *actiones in rem speciales*, fu portata a 10 anni *inter praesentes a* 20 *inter absentes.* Le *praescriptiones* di 30 e di 40 anni (2) sono un ritrovato degl' imperatori cristiani.

Perchè l'*actio* vada soggetta alla *prescriptio* richieggonsi delle condizioni speciali, e che possiamo ridurre alle seguenti:

Domandasi innanzi tutto che l'*actio* sia nata, impossibile essendo di prescrivere ciò che non esiste o la cui esistenza sia puramente potenziale; quindi il diritto e l'ostacolo esser debbono un fatto compiuto, il che per le azioni reali succede quando se ne ostacola il libero esercizio, per le personali quando il diritto trovasi esigibile. Bisogna inoltre che il tempo sia tutto trascorso secondo quella durata prefissa dalla legge; che questo tempo sia continuo e non interrotto sia naturalmente sia civilmente; e in fine che il possessore dell'*actio* sia libero a farla valere, dapoichè *contra non valentem agere non currit praescriptio.* Bisogna tener conto ancora degli speciali privilegi per talune persone, che trovandosi in determinate condizioni non corrono il pericolo della *praescriptio*, tale sarebbe a ragion di esempio il privilegio della donna maritata rispetto ai beni dotali, del figlio di famiglia rispetto ai beni non acquistati al padre; nei quali casi comincia a correre la *praescriptio* dallo scioglimento del matrimonio e dalla liberazione dalla patria potestà.

Abbiamo già osservato come nel sistema formulario per i giudizî *stricti iuris* bisognava far inserire l'*exceptio* nella formula; per il silenzio tenuto *in iure* quindi l'*exceptio* estinguevasi, nè più avea efficacia in *iudicio.* Unificatosi il procedimento, si distinse tra le eccezioni dilatorie e perentorie, quelle perdevansi tutte

(1) L. 10 D. de diversis temp. praesc. XLIV 3. L. 6 § 7 D. si quis om. XXIX 4, L. 1 C. de quod. pr. VII 37.

(2) L. 1 pr. § ult. LL. 3, 4, D. ne de statu def. XL, 15. L. 3 D. qui testam. XXVIII 1. L. 2 § 1, 2. L. 4 D. si ingen. XL, 13 Frag. 18 de iure fisci. L. 1 § 23 D. de sep. XLII, 6, L. 29 §§ 6, 7 ad legem Iuliam de adult. XLVIII 5.

le volte che non si avessero fatto valere nella *litis contestatio* e nell'istruzione del processo; queste per l'opposto, quantunque *omissae ab initio*, erano in grado di essere opposte pria che si fosse profferita la sentenza, ed alcune eran di tanta forza che anche dopo il pronunziato magistrale spiegavano la loro efficacia contro il giudicato, e tali erano le eccezioni dei senato consulti Macedoniano e Velleiano.

L'*exceptio* vien meno naturalmente coll'estinzione dell'*actio*. Da taluni si è voluta estendere la teoria della *praescriptio actionis* ancora all'*exceptio*, ma questa dottrina non trova una giustificazione, nemmeno per analogia, nelle fonti, e ripugna alla ragione stessa. Dapoichè la *iuris persecutio* dipende dell'intutto della volontà dell'attore e quindi benissimo puossi applicare la legge del tempo al non esercizio dell'azione; ma l'eccezione ch'è la *defensio* del convenuto è indipendente dal suo volere, la sua esistenza è condizionata dall'*actio*, ed un'assurdo sarebbe l'ammettere la *praescriptio exceptionis*, quando l'*actio* da cui essa dipende non ancora è intentata (1).

Convengono taluni in questa prescrizione tutte le volte che essa non dipenda dall'*actio* dell'avversario, il che succede quando il proprio diritto puossi difendere per modo di azione e di eccezione. Il ragionamento non è rigoroso: quantunque colui che ha il diritto di una duplice *persecutio* sia in facoltà d'intentare l'azione; pure, se ciò egli trasanda, non è a conchiudere che colla perdita dell'*actio* per mezzo della *praescriptio* si prescriva anche l'*exceptio*, non potendo questa nascere che per occasione dell'*actio* intentata dall'avversario. Nell'ipotesi si soppone che per una duplice via il proprio diritto possa asseguirsi, coll'*actio* e coll'*exceptiò;* l'una e l'altra però sono indipendenti ed hanno uno scopo diverso, dapoichè l'*actio* tende sempre ad un cangiamento dello

(1) Il Reinardt nella sua: usucapio und praescriptio des röm. Rechts, difende la prescrizione dell'exceptio. L'assurdità di quest'opinione è messa ad evidenza dall'autorità di Paolo che a proposito dell'*exceptio doli* così si esprime: non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec *perpetuo* competit, cum actor quidem in sua potestate habeat quando utatur suo iure; is autem cum quo agitur non habeat potestatem quando conveniatur. L. 5. § 6. D. de doli mali except. XLIV, 4.

stato attuale delle cose, l'*exceptio* tende alla perpetua conservazione di questo stato, l'una è nella libertà dell'individuo e col non uso quindi si estingue, l'altra nasce e si risveglia tutte le volte che l'attore intenta l'*actio*, e quindi in questo senso è perpetua: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

Dell'estinzione dell'*actio* e dell'*exceptio* in forza del pronunziato deffinitivo del giudice sarà trattato a suo luogo.

CAPO IX

Extraordinaria cognitio.

Nei primi tempi di Roma e negl'inizî della repubblica, quando non ancora erano i poteri del *magistratus populi romani* distinti da quelli che costui delegava per legge ad un privato, o che competevano a un tribunale permanente, l'unità del procedimento non era in nessun modo smembrato, e quegli che conosceva del diritto, esaminava ancora il fatto e faceva eseguire la sentenza. La *iudicis datio* e la *formula* nel lungo periodo repubblicano costituirono due elementi esenziali di tutto l'ordine giudiziario civile, e la procedura smembrossi nel *ius* e nel *iudicium*, per modo che formò l'*ordo iudiciorum privatorum.*

Questo si mantenne in vigore fino ai primi secoli dell'impero. Ma il nuovo sistema politico imposto a Roma, il sistema del concentramento dei diversi poteri in un solo, portò col *ius extraordinarium* degl'Imperatori, i *iudicia extraordinaria* iniziati e compiuti con un procedimento che piglia nome di *cognitio*, qualificata dal novello diritto anch'essa coll'addiettivo di *extraordinaria*. La *extraordinaria cognitio* non è dunque altro che il procedimento senza la *iudicis datio* e senza la formula, compiuto innanzi al magistrato o al suo rappresentante. È falso il concepire la *extraordinaria cognitio* come un procedimento senza ordine; essa era eccezionale sì ai tempi della repubblica, ma gli atti dei quali conosceva solamente il magistrato erano soggetto ad un *ordo*, e possiam dire che realmente nel periodo della repubblica non sia esistita una procedura straordinaria nel senso nel quale è intesa da taluni moderni.

Una legge che avesse formalmente abolito tutto l'*ordo iudiciorum*

privatorum, ed elevato a sistema la cognizione straordinaria, non esiste; da molti si vuol trovare nella Costituzione di Diocleziano (294) nella quale s'impone ai presidi delle provincie di prendere da se stessi esame di quelle controversie che innanzi solevano rimettere ai giudici pedanei (1); in questa però è solo cenno di una limitazione della facoltà di delegare, anzichè dell'abolizione dell'antico procedimento (2). Da Costantino (342) e dagli imperatori Teodosio e Valentiniano (428) sembra che la procedura novella, e che costituisce il terzo ed ultimo periodo del sistema processuale romano, si sia impiantata come ordinaria e consueta; ond'è che dal Vico il punto di partenza della nuova giurisprudenza si stabilisce da Costantino (3) in poi.

Così di ugual passo camminavano le riforme della legislazione e della procedura; se Costantino aboliva le *iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes*, Giustiniano struggeva ogni fondamento del diritto quiritario perchè iniquo, vacuo e superfluo, (4) e riguardo al procedimento proclamava che *extra ordinem sunt hodie omnia iudicia.*

Obbietto della *cognitio* furono ai tempi classici della giurisprudenza le controversie riguardanti l'amministrazione, il processo civile, le cause criminali, la stima delle persone (5). Le cause civili appartenenti alla *cognitio* si erano: le liberali, le quistioni di stato e di onore, quelle che dalla giurisdizione municipale si rimandarono ai consoli, pretori, proconsoli (6); le cause intorno agli alimenti, (7), ai fedecommessi (8), alle manumissioni ed e-

(1) L. 2. C. de pedan. iud. III 3.

(2) Walter II § 743, n. 16. Rudorff II § 1, Anmerk.

(3) Cumque tandem omne iuris civilis arcanum patefactum esset a Costantino magno imperatore qui formulis omnino substulit, hinc.... nova iurisprudentia tota existit. De uno univ. iuris. princ. 204.

(4) L. unica C. de nudo iure quirit. toll. VII 25.

(5) Cognitionum numerus cum ex variis causis descendat in genera dividi facile non potest, nisi summatim dividatur. Numerus ergo cognitionum in quatuor fere genera dividi potest, aut enim de honoribus sine muneribus gerendis agitatur, aut de re pecuniaria disceptatur, aut de existimatione alicuius cognoscitur, aut de capitali crimine quaeritur. L. 5. p. D. de extraord. cogn. 4 13.

(6) LL. 8, 27 D. de lib. caus. XL, 12. L. 1 § 2 D. de rei vind. VI, 1.

(7) L. 5 D. de agn. XXV, 3.

(8) Gai II, 278, Ulp. Frag. XXV, 12.

mancipazioni (1), agli onorarî (2); le quistioni sull'amministrazione della tutela (3), sulle opere funerarie, sulla via necessaria al sepolcro (4), sui cangiamenti di pigione (5); le querele dei figli e degli schiavi contro il padre e il signore, e viceversa, le querele del patrone contro il liberto (6), ed altre.

L' *actio* in questo nuovo sistema perde il suo nome, e va intesa piuttosto col nome di *persecutio* (7) e di *petitio extraordinaria* (8).

Il campo delle cognizioni estraordinarie, ristretto da principio, poco a poco si allargò per guisa da comprendere *l' intiero ordo iudiciorum privatorum*. In questo modo l'ordine processuale uno nella sua origine, diviso nei tempi della romana grandezza, fece ritorno alla sua unità nelle nuove trasformazioni politiche e civili, quando lo scettro dell'impero frangevasi sotto il peso dei propri vizi, della mollezza nei costumi, del lusso orientale, delle discordie intestine, delle ignobili e basse ambizioni; quando l'Italia rimorchiata a Costantinopoli, non più donna di provincie ma bordello, era lacerata e divisa dell' ingordigia di principi stranieri, mancipio di prefetti orientali, e da terra conquistatrice soggetta alla sorte delle terre conquistate.

(1) Coll. leg. mos. II, 3 § 1. L. 92 D. de condict. et demonstr. XXXV. 1. L. 41 D. de bon. lib. XXXVIII. 2.

(2) LL. 7, 56 § 3 D. mand. XVII, 1. L. 52 § 2 D. de act. empt. et vend. XIX 1. LL. 1, 3 D. de ext. cogn. cil.

(3) L. 1 pr. D. adm. tut. XXVI, 7. L. 1 § 2 D. ubi pup. XXVII, 2.

(4) L. 12 pr. L. 14 § 2 de rel. XI, 7.

(5) L. unica § 2 de migrando XLIII, 32.

(6) Gaj. 1 53, L. 1 §§ 1. 8. 10 de offic. praef. urb. I, 12. L. 9 § 3 de offic. proc. I 16.

(7) LL. 10, 34, 49, 170 § 2, D. de verb. sign. L, 16

(8) Paul. sent. IV, 1, § 18.

CAPO X.

Introduzione della lite.

§ 1.

IN IUS VOCATIO.

Omnium actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua praetor edicit de in ius vocando: utique enim in primis adversarius in ius vocandus est ad eum qui ius dicturus sit (1). Ogni contestazione giudiziaria ha principio colla *in ius vocatio:* fu questo in origine un'affare tutto privato ed estragiudiziale le cui formalità e conseguenze erano però regolate dalla legge. Secondo la legge delle XII Tavole ovunque l'attore avesse incontrato il reo gl'intimava di seguirlo innanzi al magistrato per dar principio alla lite *(ambula in ius)*, senza che fosse stato tenuto a denunziargli il perchè di questa citazione (2). Il reo doveva immediatamente ubbidire; qualora mostravasi renitente o procurava di fuggire, lo attore, dopo di aver solennemente invocato a testimoni gli astanti (*antestatio)* e loro toccata la parte inferiore dell'orecchio come per ricordarsi a testimoniare dell'atto ch'egli era per compiere (3), poneva le mani sopra il suo avversario, usava della forza materiale e *obtorto collo* lo traduceva innanzi al magistrato (4). Ogni resistenza era vietata, e il Pretore minacciava delle pene severe tanto

(1) § 3 Inst. de poen. tem. litig. IV, 16. A parvis, Quinte, didicimus « si in ius vocat » atque alias eiusmodi leges nominare. Cic. de leg. II, 4. Porphyr. ad Hor. sat. 9. 65, Gell XX. 1. Rhet. ad Herennium II. 13. 19.

(2) *S.* Age, ambula in ius, leno. *D.* quid me in ius vocas? *S.* Illi apud. Praetorem dicam : sed ego in ius voco. *D.* Nonne antestaris? Plaut. Pers. IV, 9. 8.

(3) Si in ius vocat ito. Ni it, antestamino: igitur em capito. Lex XII Tab. I. 1. In una aure memoriae locus quem tangentes antestamur. Plin. Hist. nat. XI, 45, la formula si era : *memento quod tu mihi in illa causa testis eris.*

(4) Si calvitur, pedemve struit manum endo iacito. L. XI, Tab. I, 1 Fest. V, *struere* pag. 310.

contro il resistente, quanto contro ogni terzo che cercava di liberare il reo caduto in potere del suo avversario (1). Solo nel caso di estrema vecchiaia o di malattia, cioè quando il reo era travagliato da un *vitium aliquod imbecillitatis atque invalentiae*, all'attore era imposto di amministrargli una vettura per condurlo innanzi al magistrato (2). Era un principio umanitario questo, che si connetteva alla necessità della presenza di ambidue i litiganti *in iure* per potere contestare la lite e per ottenere dal giudice la sentenza.

L'arrestato in due modi liberarsi potea, o a mezzo di una *transactio* col suo avversario (3), o col presentare un *vindex locuples* (4) che avesse in proprio nome assunta tutta la responsabilità della lite e seguito l'attore alla presenza del magistrato (5). Il diritto pretorio avvegnachè avesse introdotte delle modificazioni, pure non abolì l'esercizio di questa forza privata che si manifesta fino ai tempi della classica giurisprudenza. Ciò non ostante l'editto indirettamente provvedeva a rimuovere quest'uso col concedere un'*actio in factum* contro colui che *in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit* accompagnata da magistrale costringimento (6),

(1) Gai IV, 46. Contro costoro dall'editto pretorio era concessa un'actio in *factum* (in eo qui vi eximit, dice Ulpiano, in factum iudicium datur, quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore existemata de qua controversia est. L. 5, § 1. D. ne quis eum qui in iure II, 7) Gai III ,244. L. 55 de pecul. XV, 1. Vedi L. 4, D. ne quis eum, II 7, sul significato della voce *eximere*. Non sempre si correva il pericolo di questo iudicium in factum, e ciò quando esimevasi una persona che non potea esser chiamata in ius sia per privilegio sia per incapacità (LL. 2, 3 D. eod); l'azione era annale e solo contro la persona dei colpevoli, non contro gli eredi. (L. 5 § 4 D. eod).

(2) Si morbus evitasve vitium escit, iumentum dato, si nolet arceram ne sternito. Lex XII Tab. 1. 3. Gell. XX, 1. Varro de ling. lat. V, pag. 140.

(3) Qui in ius vocatus est dnobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si dum in iure venitur de re transactum fuerit. L. 22 § 1 D. in ius voc. II. 4.

(4) Assidio vindex assiduus esto: proletario iam civis qui volet vindex esto. Lex XII Tab. I 4. Gell. XVI, 10. Cic. Top. II. 20, de Rep. II, 22. Nonius pag. 63. Fest. V. *Assiduus* pag. 9.

(5) L. 2 si quis in ius vocat. II. 5. L. 5 de iudic. V. 1.

(6) Gaj. IV. 46. L. 2 § 1 D. si quis in ius. II. 5. L. 1 § 3 D. de inspic. vent. XXV. 4.

e all' obbligo di presentare un *vindex* sostituiva quello di un semplice *fideiussor* (1).

La *in ius vocatio* subiva le sue eccezioni per ragion di tempo, di luogo e di persone.

Per ragion di tempo la *in ius vocatio* non potea esser fatta nei giorni feriati, e in tutti quelli che nel calendario non erano destinati o nell'intutto o in parte all'amministrazione della giustizia (2). Per ragion di luogo era inviolabile il domicilio del reo, o il fondo in cui si trovava; quindi quantunque permesso fosse stato di far la *vocatio in ius*, pure si vietava l' uso della forza per ordine delle XII Tavole, e il reo non potea essere costretto ad abbandonar la sua casa (3). Rispetto alle persone non potevano essere chiamati *in iure* i magistrati *majores* nè i tribuni per tutto il tempo della loro carica, i pontefici disimpegnando le sacre cerimonie, coloro che stavano in viaggio per servizio dello stato, gli sposi nel giorno delle proprie nozze, i congiunti nel giorno di lutto, le persone che accompagnavano il cadavere, i furiosi, gl'*infantes*, tutti coloro che *litigandi causa necesse habent in iure vel certo loco sisti*, o che *apud praetorem causam dicunt* per il tempo a ciò necessario (4). Su alcune persone, per riguardi di conve-

(1) La differenza fra il fideiussor e il videx stava in ciò, che laddove questi pigliava tutta la responsabilità della lite sulle sue spalle, quegli rendevasi responsabile soltanto della comparsa del reo in un determinato giorno. Il *fideiussor* esser dovea un uomo ricco *pro rei qualitate*, exceptis necessariis personis, ibi enim qualemcumque accipi iubet edictum (L. 1 D. In ius vocat. II. 6), e ciò perchè pro locuplete accipitur fediussor in necessariis personis (L. 3 D. Eod). Contro colui che rifiutavasi di ricevere un fideiussor pro rei qualitate evidentissime locuples, si concedeva l'iniuriarum actio (L. 5 § 1 D. qui satisdare, II 8). contro il reo che dava un vindice non ricco, secondo la legge Rubria s'instituiva un giudizio recuperatorio (quo minus in eum quei ita vadimonium Romam ex decreto eius quei ibei iure deicundo praeerit nou promeisserit, aut vindicem locupletem ita n on dederit ob eam rem iudicium recuperatorium is quei ibei iure dicundo praeerit ex hac lege det. II. v. 21-25).

(2) L. 1 D. de fer. II 12. L. 2 § 1 D. si quis in ius. II, 5.

(3) LL. 18-21 D. de in ius voc. II. 4. L. 103 de reg. ius. L. 17. dic. Vatic. IX.

(4) LL. 2-4 L. 22 D. de in iure voc. II. 4. vedi L. 26 § 2 ex quib. caus. maior. XX, 2.

nienza e di moralità non concedevasi la *manus iniectio*, tali erano le matrone (1); per altre richiedevasi il previo permesso del magistrato, ed erano i proprî parenti, il patrono, i parenti e i figli del patrono e della patrona (2); il contravveniente incorreva nella penale di cinquanta aurei con un giudizio recuperatorio (3).

§ 2.

VADIMONIUM.

Presentatesi le parti litiganti innanzi al magistrato adempivano a tutte le formalità delle azioni della legge, e col sistema formulario a quanto si richiedeva per la concezione della formula. Potea ben incontrare che in un sol giorno non si riusciva a por termine agli atti processuali in *iure;* allora avrebbe dovuto ripetersi la *in ius vocatio*, con tutte le molestie tanto da parte del querelante che del querelato. Di buon mattino si provvide ad ovviare a questo inconveniente, e nel caso quindi che fosse bisognato di protrarre da uno ad un' altro giorno l'affare innanzi al magistrato, s'impose al reo l' obbligo di solennemente promettere, o che altri solennemente promettesse per lui o per se stesso di presentarsi in un determinato giorno *in iure* onde continuare il procedimento; questa promessa appellossi *vadimonium*, *vades* furon detti i promittenti, *vadimonium sistere* l'esecuzione, *vadimonium deserere* l'inadempimento (4). Ordinariamente facevasi questa promessa sopra

(1) In ius vocanti matronam corpus eius attingere non permiserunt. Valer. Max. II 1.

(2) Praetor ait: parentem patronum, patronam, liberos, parentes patroni patronae in ius sine permissu meo ne quis vocet. L. 4 § 1 D. cit. Gai. IV. 183.

(3) In eum qui adversus ea fecerit quinquaginta aureorum iudicium datur, quod nec heredi nec in heredem nec ultra annum datur. L. 24 D. eod. — La formula del patrono contro il liberto è nel modo seguente espressa da Gaio (IV 46): *Recuperatores sunto: si paret illum patronum, ab illo illius patroni liberto contra Edictum illius Praetoris in ius vocatum esse, recuperatores, illum libertum illi patrono Hs. X. M. condemnato s. n. p. a.*

(4) Cum autem in ius vocatus fuerit adversus, ni eo die finitum fuerit negotium vadimonium ei faciendum est, idest, ut promittat se certo

una determinata somma da pagarsi nel caso della non comparsa. La qual somma uguagliava il valore dell'obbietto della lite nelle *actiones iudicati et depensi*, in tutte le altre era rilasciato all'attore il determinarla dietro il *iusiurandum calumniae*, e questa determinazione esser dovea non maggiore della metà del valore dell'obbietto litigioso, o in modo assoluto di cento mila sesterzi (1). Le formule presso a poco eran concepite, nel modo seguente.

Vadimonio chiesto al reo nelle *actiones iudicati et depensi*:

> *Quod ego tecum iudicati (depensi) agere volo, ob eam rem te illo die, illo loco sisti, et nisi stiteris quanti ea res erit, tantam pecuniam dare spondes (iurato promittis)?*

nelle altre azioni:

> *Quod ego a te illam rem peto (tecum agere volo) ob eam rem te illo die, illo loco sisti, et nisi stiteris sextertium quinquaginta millia dare spondes (iurato promittis)?*

Vadimonio chiesto a un terzo:

> *Quod ego a N.° decem millia pecuniae creditae petiturus sum, qua de re agetur eius rei gratia N.° perendie apud illum Praetorem ad Piscinam publicam sisti, nisi stiterit sextertium quinque millia dare spoudes?* (2).

In più modi il vadimonio potea promettersi: o puramente quando si faceva consistere nella nuda promessa del reo, o *iureiurando* allorchè la promessa confermavasi con un solenne giuramento, o *cum satisdatione* quando alla promessa aggiungevasi il fideiussore, o finalmente *suppositis recuperatoribus* con un giudizio, cioè, da instituirsi immediatamente dai recuperatori per condannare nella somma del vadimonio il reo non presentatosi nel giorno prefisso (3).

Siccome il vadimonio ha per iscopo la comparsa del reo in *iure*, così non potevano essere a quest'obbligazione costretti, se non

die sisti. Gai IV 184. Ved. Cic. pro Quint. IV. 29. VIII 30. Gell. II, 14. XVI, 10. Varro de ling. lat. VI, 74. Acron ad Horat. serm. I. 1, 11.

(1) Gai IV, 186.

(2) Rudorff. Edict. perpl. § 294. Rechts gesch. II § 74 n. 1.

(3) Gaj. IV. 185. vedi L. 15 per D. qui satisd. non cog. II. 8. L. 110 § 1, de divers. reg. iur. L. 17. l. 15 de iureiurando XII, 2. Lex Rub. XXI.

con speciale permesso del magistrato, coloro che per esser chiamati in *iure* facea d'uopo di un'approvazione speciale (1).

Col vadimonio si determinavano il luogo e il tempo della comparsa, erano i litiganti che s'intendevano insieme sul riguardo e in mancanza di accordo interveniva il magistrato (2). Però non era necessario che il vadimonio si facesse per comparire innanzi allo stesso magistrato, o nello stesso luogo, tranne che in questo ultimo caso non l'avesse richiesto la natura dell'affare (3).

Il provinciale o un'italico che trovavasi in Roma, poteva esser citato innanzi al Pretore, al pari che un abitante del municipio potea esser citato innanzi al magistrato municipale, e questo rimetterlo a Roma quando il valore della lite superava la sua competenza; nell'un caso quando si facea valere il *ius revocandi domum*, il vadimonio dovea darsi innanzi al pretore, il quale determinava il giorno della compársa alla presenza del magistrato del domicilio, nell'altro dovea darsi innanzi al magistrato municipale (4).

Se il reo non compariva nel giorno stabilito dal vadimonio *(vadimonium deserere)*, l'attore, costatatane l'assenza innanzi a testimonii (5), era in diritto, o di rivolgersi contro i promittenti e i fideiussori e chieder da loro la somma stipulata (6); o di agire contro coloro che avessero impedita la comparsa del reo per il risarcimento dei danni e degl'interessi (7); o di procedere contro lo stesso reo quando la sua essenza non era giustificata da puro bisogno (8) e ottenere a propria scelta o il pagamento della somma del vadimonio, o domandare l'arresto del contumace secondo l'antico diritto, e secondo il diritto pretorio l'immissione nel possesso dei beni (9).

Che avveniva nel caso di contumacia da parte dell'attore? Egli non

(1) Gaj. IV. 187.

(2) L. 8. D. qui satisd. cog. II. 9. Tum e militibus qui apud eum stabant interrogavit quispiam more in quem diem, locumque vadimonium promitti iuberet. Gell. VII 1.

(3) Gell. cit. Cic. Verr. III, 15. Liv. epist. 16. L.2 § 6, L.5 D. de iud. V. 1.

(4) L. 2. § 6 de iud. V. 1. Lex Rub. XXI.

(5) Cic. pro Quint. 6. 17. L. 22 D. ex quib. caus. maior. IV. 6.

(6) L. 3 si quis in ius voc. II. 5 L. 2 § 5 D. qui satisd. cog. II, 8.

(7) L. 3. pr. D. de eo per quem. II. 10.

(8) Senec de Benefic. IV. 9. LL. 2. 3. 4 D. si quis caut. II. 11.

(9) Cic. pro Quint. 15, 18 L. 2 pr. D. ex quib caus. in possess. XLII, 8.

era dal canto suo tenuto a veruna garentigia e nulla quindi perdeva; una somma ingiustizia sarebbe stata se avesse di bel nuovo avuto il diritto della *in ius vocatio*, ingiustizia contro il convenuto; perchè l'attore goduto avrebbe di tutti i vantaggi, forse colla semplice perdita delle cautele ricevute colla *stipulatio* del *vadimonium*, mentre il reo non aveva alcun utile; tutti i pericoli per lui, tutte le utilità per il suo avversario. Con una seconda *in ius vocatio* si sarebbe andato all' infinito, l'attore potea ripetere sempre il giuoco, e il convenuto sarebbe stato esposto a continue molestie; in mancanza di documenti che illuminassero la questione, noi reputiamo che l'attore fosse decaduto, in tal caso, dal suo diritto e che, siccome il convenuto per la sua non comparsa sulla domanda dell'attore potea tenersi *pro iudicato*, così per la contumacia dell'avversario potea egli chiedere di essere dal pretore dichiarato *pro absolito*, ad analogia dello disposizioni decemvirali date al giudice: *post meridiem presenti litem addicito.*

Esistette un vadimonio allo scopo di assicurare la continuazione della lite *in iudicio?* Dalle fonti non risulta, come non risulta verun argomento in contrario, onde gli eruditi si dividono in discrepanti pareri (1).

§ 3.

LITIS DENUNTIATIO.

Le lunghe dilazioni alle quali dava luogo il discorso procedimento, eran pure un' inconveniente per la pronta ed espedita amministrazione della giustizia.

Ordinariamente le parti comparivano due volte innanzi al magistrato, una procedura più breve era desiderabile. Già nelle provincie, per essere il *forum*, *conventus* (2) tenuto in tempi de-

(1) Vedi Rudorff, II. § 64. Anmerk. Keller, § 47 pag. 199, 200. Hartmann, Centumviralverfahren. p. 232 seg.

(2) Forum sex modis intelligitur-tertio cum is qui provinciae praeest, forum agere dicitur cum civitates vocat et de controversiis eorum cognoscit. Fest. v. *forum* p. 84. Conventus quatuor modis intelligitur-tertio cum a magistratibus iudicii causa populus congregatur. V. *Conventus* pag. 41 Id.

terminati nei quali il governatore romano stavasi in giro a visitarle, e quindi nella difficoltà di potere in quel tempo personalmente trascinare il debitore innanzi al magistrato o di agire con tutte le lungherie del vadimonio, era in uso la *litis denuntiatio*, cioè un'avviso orale o scritto fatto al debitore, al reo, nel quale l'attore, manifestando le sue pretese intimavalo a presentarsi innanzi al *conventus*, in seguito di che si procedeva contro di lui (1). Questo modo di denunziare la lite all'avversario dovette anche in Roma introdursi, e con un vadimonio estragiudiziale dovettero le parti intendersi tra loro a determinare il giorno da presentarsi àl magistrato onde ricevere la formula e il giudice, evitando così la doppia comparsa.

La *litis denuntiatio* pare sia stata da principio facoltativa, convertita poi in legge da Marco Aurelio, il quale, secondo l'unica autorità di Aurelio Vittorre, rimosse il vadimonio senza però abolirlo, e impose la *denuntiatio* come un più utile e più comodo procedimento (2). Nel codice Teodosiano la troviamo perfezionata (3), pure mancano sul suo sviluppo le notizie della classica giurisprudenza.

In forza di questo nuovo modo d'introdurre la lite l'attore era tenuto di far conoscere al reo la natura del suo reclamo, ambidue innanzi a testimonii convenivano sul giorno della comparsa, in virtù di che il reo obbligavasi a presentarsi innanzi al magistrato. Il tutto si concepiva in iscritto, ma in un modo affatto privato ed estragiudiziale.

Fu Costantino che rivestì quest'atto per la sicurezza della pruova di un carattere pubblico (4). La *litis denuntiatio*, secondo una co-

(1) « Et scribam tibi dicam » a denuntiatione in personam, ne diceret non mihi denuntiasti. Donat. ad Terent. Phorm. I. 2, 77. Vedi Rudorff. II. § 65, n. 2. Hollweg, II § 83 n. 26-28.

(2) Legum ambigua mire distincta, vadimoniorumque solemni remoto denuntiandae litis opperiendaeque ad diem comode ius introductum. Aurel. Victor. de Caes. XXVI.

(3) Tit. de denuntiatione vel editione rescripti II. 4. De temporum cursu et reparationibus denuntiationum II 6.

(4) Denuntiari vel apud provinciarum Rectores, vel apud eos, quibus actorum conficiendorum ius est decernimus, ne privata testatio mortuorum, aut in diversis terris absentium, aut eorum, qui nusquam gentium sint, falsam fidem rebus non gestis affingat L. 2 C. Th. II. 4.

stituzione di questo imperatore, dovea farsi dall' attore o dal suo procuratore, alla presenza di un ufficiale pubblico che avesse avuto il *ius actorum conficiendorum*, al reo o suo rappresentante. Dalla denunziazione della lite comincia a decorrere un termine di più mesi, l' ultimo giorno dei quali costituisce il *dies fatalis* o *legitimus*, dietro il quale per la non comparsa dell'attore *causa labitur* (1); per la colpa del giudice, questi incorre nel risarcimento dei danni e interessi (2); per la contumacia del convenuto lo si ritiene *pro damnato* e si ordina contro di lui l' esecuzione (3). Nel primo caso, quando la non comparsa dell' attore è scusabile, puossi ottenere la *reparatio denuntiationis* mercé un rescritto imperiale o di un magistrato funzionante *vice sacra* (4). Questa *reparatio extra ordinem* produce un secondo termine fatale di quattro mesi elasso il quale è difficile di ottenere una *reparatio a secundo lapsu* (5).

Nel procedimento per *rescriptum principis* nulla si cangia rispetto ai termini fatali, la *denuntiatio* non si modifica, solo è mestieri che in essa l' attore faccia cenno al reo del rescritto impetrato e insinuato *ad acta* (6). Non così nelle controversie che esigono una pronta e spedita decisione; in queste il procedimento è *extra ordinem et sine temporibus*, ed espressamente si annoverano: l'*actio mutui* risultante dà documenti scritti, i fidecommessi, gl'interdetti, la *querela inofficiosi*, *l'actio tutelae*, *negotiorum gestorum*, *doli*, *repetundarum*, *le actiones fiscales*, *locorum venerabilium*, e tutte le liti di un valore fino a cento soldi (7).

§ 4.

INTRODUZIONE DELLA LITE SOTTO GIUSTINIANO.

Il fondamento di tutto il giudizio nella procedura giustinianea è il *libellus conventionis*, nel quale si contiene la sommaria espo-

(1) L. 1 C. Th. de temp. cursu II. 6. Symmach. Epist. X, 52, 59.
(2) L. 2. C Th. tem. cursu II, 6. L. unic. C. Th. de secundo lapsu XI, 31.
(3) L. 1 C. Th. temp. cursu II, 6.
(4) L. 1 C. Th. cit. Symmach, Epist. V, 39-59.
(5) L. 1 C. Th. cit. Tit. Cod. Th. VI. 32.
(6) Tit. C. Th. de denuntiatione vel editione rescripti II, 4.
(7) Vedi Rudorff, II, § 65, n. 8. Holweg, III, § 151, n. 33-40.

sizione dei mezzi giuridici per la rivendica dei propri diritti. Il libello è formulato dall'attore allo scopo di far conoscere al reo le sue pretese, deve esser da lui sottoscritto o, se non sa scrivere, da un *tabularius*. Non può però essere comunicato al reo che per mezzo del tribunale, e sotto la doppia condizione, 1° di una cauzione *fideiussoria o iuratoria* di contestare fra due mesi la lite, e nel caso contrario di pagare il doppio delle spese al reo da non ammontare però a 36 soldi; 2° di un fideiussore idoneo per la continuazione della lite fino alla decisione del magistrato, e di pagare al reo, nel caso di soccumbenza, il decimo del valore risultante dall' obbietto litigioso (1). Nè ciò è tutto, per l' intimazione del libello deve il tribunale prima portarvi sopra il suo esame e dietro evidenti ragioni di diritto ammetterlo o rigettarlo; nel primo caso se ne ordina la esecuzione, nel secondo la procedura al suo bel principio si astingue.

L' ufficiale pubblico (*executor*) notifica al reo o suoi rappresentanti il libello dell' attore (2). Appena ricevuto il libello deve il

(1) Sancimus, omnes iudices, si quando aliquos teneri vel admoneri voluerint hanc condictionem in suis interlocutionibus adiicere ut non aliter conventionales libelli pulsatis porrigantur — nisi prius et in libello actor per se aut per tabularios subscripserit et actis intervenientibus fideiussorem idoneum periculo competentis officii praestiterit, confitentem, quod et usque ad finem litis permaneat, et suas intentiones aut per se aut per legitimum procurato rem exerceat, et si postea fuerit approbatus iniuste litem movisse, sumptuum et expensarum nomine decimam partem eius quamtitatis quae in libello continetur pulsato restituat. Si autem dixerit non valere fideiussorem dare, tunc apud iudicem a quo causa examinanda est, sanctis propositis evangeliis, per sacramentum hoc ipsum affirmet, et sic iuratoriam cautionem exponat, et per eam haec quae superius dicta sunt profiteatur. Nov. CVIII. c. 2. Sancimus ut actores non aliter libellos mittant et reis causam damni afferant, nisi et reo et causa executori cautionem praestiterint, se intra duos menses omnimodo apud iudicem litem esse contestaturos, vel si hoc non fecerint duplum omnis damni quod inde eveniet restituturos, cautione sex et treginta aureos non excedente. N. XCVI, c. 1, Vedi Iustin. Edict. VII, c. 5. Nov. CXII, c. 3.

(2) Sive vulgato rescripto mansuetudinis nostrae, sive sententia cujuslibet iudicis, utantur in causis, convenieudos dominos locorum esse, aut, si forte defuerint, actores eorum ad insinuandas sententias, procuratoresque esse quaerendos, ne inde iniuriarum nascatur occasio unde iura nascantur, L. 6 C. unde vi VIII, 4.

convenuto pagare all' esecutore i diritti che vanno sotto il nome di *sportulae* (1) sottoscrivere il *libellum contradictionis* o *responsionis* coll' indicazione del giorno in che riceve l' atto dello avversario (2), e prestar cauzione *iudicio sistendi aut deducendi causa*. Questa per i possessori di beni immobili è puramente *iuratoria* e scritta (3), per tutti gli altri, ad eccezione delle persone illustri, fideiussoria e può ammontare fino a cinquanta libre di oro. Nel caso di controversia sulla persona del fideiussore o sul tenore della cauzione giurata la si scioglie dal Vescovo e l' *executor* dee ricevere il *fideiussor* giudicato idoneo da costui (4). Se impossibile è al reo di prestar cauzione, il pubblico ufficiale, per superiore comando, *ipsam personam ducet, sed sine damno et cum moderatione* (5) fino al giorno della comparsa. In questa contingenza la lite ha da decidersi fra trenta giorni dell'arresto, e nel frattempo è permesso al reo di liberarsi a mezzo di fideiussori, e trascorsi i trenta giorni, con una semplice cauzione giurata (6).

Il tempo accordato al reo era di dieci da Giustiniano protratto a venti giorni, in questo ha egli da deliberare se gli convenga o no iniziare la lite, ricusare se ne ha fondamento il giudice, preparare i suoi mezzi di difesa (7).

(1) Constitutio est Imperatoris nostri, quae litium executoribus sportularum nomine certum quid dari iussit pro quantitate libello conventionis inserta, ut exempli causa ad centum usque solidos constituit, dandum esse dimidium solidi, si vero maior sit quantitas, et sportulas fere maiores. L. 3 C. de sport. III. 2.

(2) Cum vero libellum accepit (qui citatur) sola personali cautione ab eo praestita et sportulis — datis libellum quem antibiblon (libellum responsionis) vocant subscribat, et tempus etiam quo libellus traditus est ei declaret, ne circa hoc quoque dolus quidem committatur Nov. LIII. c. 3 § 2 vedi c. 2. eod.

(3) L. 12 pr. C. de prox. sacr. scrin. XII 19, L. 4 § 4 C. de costrens. XII, 26. L. 3 § 3 C. priv. schol. XII, 30. Nov. CXXIII c. 21 § 2.

(4) L. 4 § 1 C. de sportulis. III, 2.

(5) L. 1 C. de sport. III, 2. L. 19 C. de testib. IV, 20, L. 6 § 3 C. de custod. reor. IX, 4. Nov. CXXXIV c. 9.

(6) L. 4 § 1 C. de sport. cit. L. 6 C. de cust. reor. cit.

(7) Sancimus — non secundum antiquitatem decem solummodo dierum habere eum qui admonetur, inducias, sed duplices hoc est viginti, ut sive repudiare voluerit sive etiam cum eo alium iudicem petere li-

Può benissimo succedere che il pubblico ufficiale non trovi il creditore, o trovatolo questi manchi alla promessa di presentarsi nel giorno stabilito, o presentatosi non si difenda e ulteriormente non comparisca. Si apre nel primo caso la via ad una procedura speciale. L'attore dal magistrato impetra l'editto perentorio dopo di averne già domandati tre consecutivamente coll'intervallo di tre giorni in ognuno, in virtù del quale editto le tergiversazioni del reo non sono più sofferte (1). Nè sempre è necessario che l'editto perentorio sia dai tre cennati preceduto, il magistrato, secondo le sue convinzioni, le circostanze di causa, di tempo, di persona può concederlo dopo uno o due e anche immediatamente, il che dicevasi *unus pro omnibus* (2). A questa citazione per editto contemporaneamente congiungevasi quella fatta *voce praeconis* (3). Nel secondo caso l'attore ha libera la scelta di far condannare il reo nel suo fideiussore (4) o costringerlo a comparire sia con una multa (5), sia coll'impiego della forza pubblica (6). Ciò non sortendo il suo effetto, il giu-

centiam habeat hoc facere, aut forte cognoscere debitum et liberare se ab adversarii sui contentione amicabiliter et non per calumniam et circumventionem sub iudice constitui, forsan suspecto forsan ingrato, plerunque autem etiam proprium contra reum dispensante, et eo qui litem sustinet nullum habente tempus ad cognoscendum ea in quibus conventus occurrit. Nov. LIII, c. 3 § 1. Offeratur ei, qui vocatur ad iudicium libellus, et exinde praebitis sportulis et data fideiussione viginti dierum gaudeat induciis, quibus deliberet cedatne an contendat, aut iudicine alium associari petat, vel recuset eum nisi ille sit is, quem ipse alio recusato iam petierit. Authent. de exhib. et introd. rei C. de litis contest. IX 3. Vedi L. 1 pr. de edendo II 13.

(1) Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum — per intervallum non minus decem dierum — et tertium. Quibus propositis tunc peremptorium impetrat, quod inde hoc nomen sumit quod perimet disceptationem, hoc est ultra non pateretur adversarium tergeversari LL. 68-71 D. de iudic. V. 1.

(2) L. 72 D. Eod. Paul. sent. V. 5. § 7.

(3) Nov. CXII. c. 3 pr.

(4) L. 26 C. de fideius. VIII 51.

(5) Si quis in ius vocatus non ierit ex causa a competenti iudice mulcta, pro iurisdictione iudicis damnabitur. L. 2 D. si quis in ius voc. II 5.

(6) Nov. LIII c. 4 pr.

dice esamina il motivo della contumacia, determina un giorno, nel quale, se il reo non comparisce, alla presenza del solo attore esamina la controversia e trovatine legali i fondamenti, concede a quest' ultimo la *in bonorum possessionem missio*, non in generale e in modo assoluto, bensì in proporzione del suo diritto. Non perciò è perduta ogni speranza pel reo: qualora egli si presenta, può, risarcendo i danni prodotti dalla sua contumacia e presentando un fideiussore per la continuazione della lite (1), riavere i suoi beni. Ma il tempo della presentazione non è rilasciato al suo arbitrio; trascorso un certo periodo, al possessore è permesso d' impetrare dal magistrato la vendita dei beni, dopo la quale, non può più esser molestato. Nel terzo caso è data licenza al giudice di lasciar nell' ultimo semestre dei tre anni assegnati per la definizione della controversia ricercare per mezzo degli *executores negotii* tre volte il reo, coll' intervallo di dieci giorni per ciascheduno; dopo ciò si ha il *iudicium desertum* (*eremocidium*) (2) e il giudice condanna il reo contumace quando trova fondate le ragioni dell' attore, a questi concedendo la immissione nei beni. Qui al reo è chiuso ogni scampo: *nec si reversus fuerit et voluerit fideiussores dare, et possessionem recuperare audiatur, in huiusmodi enim casibus omnem contradictionem excludimus.... nec pertimiscat iudex appellationis obstaculum, cum ei qui contumaciter abesse noscitur, nulla sit provocationis licentia* (3).

La contumacia può trovar luogo ancora da parte dell'attore, e in due modi: o col non presentarsi nel giorno stabilito nel libello, o, presentandosi, col desistere di condurre la lite fino alla sentenza diffinitiva. Se egli non comparisce al reo rimangono aperte due vie: egli può domandare l' assoluzione dall' istanza e il pagamento delle spese erogate per il viaggio e la dimora in terra straniera (4); ovveramente può egli pregare il giudice di lasciare ammonire l'attore a intevenire al giudizio o per se o per un suo rappresentante. Che se non si presenta, si fa la chiamata con tre editti coll'intervallo di trenta giorni per ognuno; dopo

(1) L. 9 C. de bon. auct. iud. poss. VII, 72. Nov. LIII c. 4 § 1.

(2) L. 31 § 2. D. de negot gest. III, 5. L. 6 § 13 D. de minor. IV, 4. L. 13 pr. D. iud. solvi XLVI, 7. L. 13 § 3. 4. C. de iud. II, 1. Nov. LXIX c. 3.

(3) L. 13 § 3 4 C. de iud. III. 1.

(4) Nov. LIII. c. 1.

un'anno da questa chiamata il giudice esamina il diritto della parte presente e pronunzia la sentenza; se poi si presenta nel corso di quest'anno, il giudice dee innanzi tutto imporgli di pagare al reo le spese sostenute, e di rimanere fino al termine della lite. Che se egli compare solo allo scopo d'interrompere la prescrizione annale, allora, con tutto che abbia soddisfatta alle spese, decade dal suo diritto (1). Nel secondo caso la procedura è simile a quella per il convenuto, con questo di differenza, che il giudice nonostante la contumacia dell'attore, se trova nella disamina della lite stare il diritto per lui, condanna il reo nell'obbietto litigioso, e l'attore alle spese in pena della sua contumacia: che se il reo va assolto, l'attore e sempre tenuto alla penale delle spese e *cadit omnino de lite.* Per giungere a questo estremo fa mestieri che la sentenza sia pronunziata in sullo spirare del triennio concesso alla durata di ogni controversia; altrimenti se ancora rimane una lunga dilazione e quindi ancor la speranza che l'attore si presenti, la sentenza non sarà valida che per il pagamento delle spese, non *autem tunc mors litis et condemnatio in absentem introducitur, quae in is tantumodo casibus accidunt quibus triennii affluentis imminet formido* (2).

CAPO XI.

Litis contestatio.

La contestazione della lite esprime quell'atto processuale per il quale i contendenti, dichiarate le loro scambievoli pretese, irrevocabilmente si sottomettono a tutte le conseguenze che derivar possono da un giudizio.

Coll'antiche azioni della legge si disse *litis contestatio* la reale chiamata dei testimoni (3) fatta dai litiganti innanzi al magistrato per assistere agli atti solenni che da loro si compivano onde renderne

(1) Nov. CXII c. 3 intiero.

(2) L. 13 § 2, 5 C. de iud. III.

(3) Contestari est cum uterque reus dicit *testes estote.* Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: « *testes estote* » Fest. V. *contestari* pag. 38,37.

testimonianza in seguito alla presenza del giudice, al quale erano dal Pretore rinviati. E ciò era indispensabile per la certezza della pruova in un periodo dove la procedura era tutta orale, e nel quale mancava l'istruzione in iscritto introdotta posteriormente nel sistema formulario. Falsa è l'opinione, che della *litis contestatio* fa un contratto, e che desume dalla chiamata solenne dei testimonii la natura obbligatoria e contrattuale, come per *aes et libram* (1); e falsa è altresì quella che fa seguire la contestazione della lite innanzi al giudice (2). La contestazione della lite non fu un'atto distinto e separato delle *legis actio*, bensì una parte della stessa (3),

(1) Il Mayer (die litis contestatio geschichtlich dargestellt) e il Rudorff (recensione di questo scritto, Saviginy zeitschr. VII 231. Röm. Rechtsgeschite: II, § 71) sono i due più forti campioni di quest'idea, la cui falsità corre facilmente sott'occhio leggendo il classico lavoro del Keller: die litis contestatio und Urtheil. Spesso nelle fonti si fa menzione di casi nei quali richiedevasi la preseuza dei testimoni senza che poi siavi la minima allusione a un contratto per *aes et libram;* così secondo Gaio (III 186) il furtum conceptum dicevasi tale quando apud aliquem *testibus praesentibus* furtiva res quaesita et inventa est, eppure nessuno dirà che qui abbia luogo un contratto per *aes et libram;* nelle cause di vindicazione, almeno per la *deductio* dovevan esser presenti i testimoni (Zimmern III, § 41); e la presenza dei testimoni richiedevasi nelle solenni denunziazioni (Mühlenbruch, Cession des Fonderungsrechts n. 116, 117), nei divorzi (L. 9 D. de divort. XXIV. 2), nel matrimonio per conformazione (Gai, I, 112); in tutti questi casi e simili non trattasi certamente di contratti per *aes et libram;* perchè dunque argomentare la natura contrattuale nella litis contestatio, dalla semplice chiamata dei testimoni?

(2) In Aulo Gellio (V, 10), quantunque non sia discorso di un romano procedimento, è fatta espressa menzione della contestatio pria di andare i litiganti al giudice: Petere instituit (Protagoras) ex pacto mercedem *litem* cum Evathlo *contestatur*, et cum ad iudices coniiciendae consistendaeque causae gratia venisset, tum Protagoras sic exorsus est.

(3) I documenti sul proposito ci mancano, l'autorità di Festo ci fa conoscere che la contestazione della lite si faceva con parole solenni: *testes estote*, e che essa eseguivasi da tutte e due le parti, il che si dee prendere nel vero rigore dell'espressione. La solennità delle parole ci fa dedurre che la *contestatio* era parte integrante della *legis actio*, la sua bilateralità, ci conduce all'idea di un momento in cui fosse stato possibile che i contendenti realmente avessero potuto con ugual diritto e-

ed è perciò che il principale effetto consistente nella consumazione dell'*actio*, è ascritto più che alla contestazione, all'azione della legge (1).

Nella procedura formularia l'atto materiale dell'appello dei testimoni venne meno, perchè superfluo dopo che il diritto delle parti era espresso al giudice dal testimonio della formula; la *contestatio* fu allora un'atto proprio dell'attore: *actor litem contestatur cum reo*, il convenuto non faceva che *iudicium accipere*. Il momento materiale della contestazione trasformossi così in un momento ideale in quanto che rimanendo costanti gli effetti, per contestazione s'intese quel punto del procedimento in cui aveva luogo la consunzione dell'*actio* e si schiudeva per le parti un nuovo rapporto nascente da questa consunzione stessa e corrispondente al momento materiale dell'antico sistema.

Confusi i due ordini del *ius* e del *iudicium*, più non potea esser questione dell'antica *litis contestatio;* quindi nella *extraordinaria cognitio* e poscia in tutti i giudizi, la contestazione della lite si effettua nel momento che le parti danno principio alla controversia innanzi al giudice, cioè dopo la loro comparsa in tribunale (2).

seguire quest'atto, e che si fossero trovate in ugual posizione: questo momento ce lo dà a conoscere Gaio, allorquando nella *sacramenti actio in rem* il magistrato comandava la pace: *mittite ambo hominem*. Le parti trovavansi qui nell'identica condizione, nessuna funzionava da attore e da reo, in questo solo momento quindi potevano in realtà ambedue contestare la lite: *testes estote*, allo scopo di assistere all'immediata solenne interrogazione: *postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*, alla vera dichiarazione del volere che bisognava testificare innanzi al giudice, alla costituzione del sacramento, alla dichiarazione delle *vindiciae* che assegnava a ciascuno dei litiganti il suo posto. E che quello fosse stato l'unico momento lo argomentiamo ancora dai *praedes litis et vindiciarum* che il pretore comandava a colui cui attribuiva il possesso provvisorio: la voce *lis* equivale à *lis contestata, inchoata, res costituta, in iudicium in condemnationem deducta;* sicchè i *praedes* bisognava darli tanto per la *contestazione della lite* quanto per le *vindiciae*, ciò non avrebbe potuto aver luogo se il memento della *contestatio* stato non fosse questo da noi stabilito.

(1) Qua de re actum semel erat de ea postea ipso iure agi non poterat. Gaj. IV 108.

(2) Res in iudicium deducta non videtur si tantum postulatio simplex

Questo principio subir dovette nel diritto giustinianeo le sue modificazioni; dapoichè per molti diritti gli effetti della contestazione più che dal momento della *narratio negotii* si fanno decorrere dal momento che il reo riceve il libello (1).

§ 1.

EFFETTI DELLA CONTESTAZIONE DELLA LITE.

Parlando degli effetti della sentenza, sarà altrove più ampiamente svolto quanto si riferisce alla *litis contestatio*, sicchè diremo quì quel poco che la serie delle idee e della trattazione richiede. Appena i contendenti si sono irrevocabilmente sottoposti alle conseguenze di un giudizio, l'uno col chiederlo l'altro coll'accettarlo, che si fa luogo a novelli rapporti tra loro i quali per la loro natura quasi contrattuale hanno nei moderni suscitata l'idea di un vero contratto stretto colla *litis contestatio* dalle parti. Questi rapporti si riferiscono da un canto all'azione dell'attore, la quale per essere stata prodotta esaurisce tutte le sue forze e si consuma, il che dicesi effetto negativo della contestaziono, dall'altro canto all'obbligo della condanna (*condamnari opportere*), che nasce dall'estinguersi dell'*actio;* sicchè l'*actio* in se stessa morendo quasi genera e in certo modo si trasforma nel diritto della *condemnatio*. Da quì il concetto della novazione al quale i classici giureconsulti si tennero sempre d'appresso, ed indicato da Gajo coll'*ante litem contestatam dare reum oportere post litem contestalam condemnari oportere*.

E gli elementi della novazione non mancano, sia che si guardi

celebrata, sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem, permultum interest; lis enim tunc contestata videtur cum index per narrationem negotii causam audire caeperit. L. unic. C. de lit. cont. III, 9. Vedi L. 3 C. de edendo II, 1. L. 14 § 1, C. de ind. III, 1. L. unic. C. Th. de act. certa IV, 14.

(1) Nov. CXII. c. 1. LL. 2. 3. C. de ann. except. VII, 40. Anche nel diritto classico, rispetto al diritto ereditario gli effetti della contestatio rimontano alla denunziazione, L. 20 § 11. L. 25 § 7 de eredit, petit. V, 3. È controverso tra gl'interpreti, se le leggi citate esprimano un principio generale applicato all'eredità, ovveramente un principio speciale introdotto per le sole questioni ereditarie.

alla natura della formula che converte in obbietto pecuniario il subbietto della lite, sia alle modalità che possono entrare colla *litis contestatio* o in rapporto alle persone dei contedenti o in rapporto alle condizioni che accompagnano il diritto; però ben tosto e con accume seppero i giureconsulti distinguere tra la vera novazione che nasce dal libero scontro della volontà dei contraenti, da questa, che, per essere un prodotto della legge, fu appellata *necessaria* (1). Questa importante distinzione ad evidenza dimostra, come la classica giurisprudenza si sia tenuta assai lontana dal concetto di un vero rapporto contrattuale venuto fuori colla *litis contestatio*, e come non sia contrario allo spirito dell'antico diritto romano, che la *litis contestatio* abbia prodotto degli effetti quasi contrattuali, senza che fosse stata un contratto essa stessa. E diciamo *quasi contrattuali*, dapoichè è falso che questi effetti realmente portassero l'impronta del consenso dei litiganti, quando piuttosto si fondano sopra una necessità giuridica, in una necessità, che trova nella legge la sua giustificazione indipendentemente del volere privato, come da una necessità giuridica nasce l'idea della *novatio*. Pel principio generale che: *non deteriorem causam nostram facimus actiones exercentes sed meliorem*, in questa specie di novazione rimangono saldi gli accessori accompagnanti il diritto, come privilegi, pegni, frutti, interessi (2); anzi possono dei nuovi aggiungersene a sicurezza del diritto che dopo la contestazione continua nella sua essenza ad esistere (3). Il che è di non lieve interesse, dapoichè dimostra che colla *litis contestatio* non si ottiene una vera e reale conversione, una metamorfosi dell'antico diritto nel nuovo; bensì una semplice modificazione di quello, e che impropriamente chiamasi nuovo diritto; mentre non è in virtù di questo nuovo diritto che il reo esser dee *condannato*, quasi egli si *obblighi alla condanna*, il che è assurdo, ma in virtù del diritto contestato e trovato dal giudice conforme ai principî della legge. La vera ragione della differenza tra la novazione consensuale e la necessaria conviene ripeterla dalla diversità del fine: laddove nella prima si ha dai contraenti lo

(1) Aliam causam enim esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti multa exempla ostendunt. L. 29 D. novat. XLVI, 2.

(2) LL. 18, 27, 28 de novat. cit. L. 86, 87 de reg. iur. L, 17.

(3) Et post litem contestatam fideiussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio — et hoc iure utimur. L. 8 § 3 D. de fideiuss. XLVI, 1.

scopo di mutare il diritto anteriormente esistente, per l'obbligazione giudiziaria si tende solo alla dichiarazione dello stesso diritto.

L'effetto negativo della consumazione dell'azione in virtù della *litis contestatio* dimora tutto dall' antico principio: *de eadem re ne bis sit actio.* Per quanto concordi siano le opinioni nell'intendere questo principio come divieto legale contro l'attore che avesse voluto far valere una seconda volta in giudizio il suo diritto, per tanto sono nell' apprezzamento storico discordi. Se noi guardiamo all' origine di questo principio che si perde nella notte dell' antichità, e al significato che nello antico sistema sacramentale davasi alla voce *actio*, significato assai diverso da quello che posteriormente le si attribuì; non possiamo a meno di conchiudere, ch' esso sta in necessaria connessione coll' instituto del *sacramentum*, che fu la prima e universale *actio* per eccellenza; e che quindi, senza distinzione alcuna tra l'*actio in rem* e *in personam sacramanto* (1), sta in un diretto divieto della rinnovazione del *sacramentum*, e come tale è un precetto religioso. Sarebbe stato intieramente contrario al carattere religioso del diritto che il *sacrementum* una volta perduto dall' attore avesse potuto esser rinnovato; il diritto non può essere che uno, una la giustizia del sa-

(1) Il Gajo parlando del processo colle azioni della legge scrive: Alia causa fuit olim legis actionnm. *Nam qua de re actum semel erat* de ea postea *ipso iure agi* non poterat IV 108. L'enunziazione del giureconsulto è generale, abbraccia tanto il procedimento *in rem* che *in personam*, ogni diritto colla *litis contestatio* subiva l'influsso diretto del principio: *bis de eadem re*, sicchè tutti estinguevansi *ipso iure*, le eccezioni allora non si conoscevano. Perchè dunque nel processo formulario si fece uso dell'exceptio per l'estinzione dei diritti reali? Il Bethmann Holweg dice: ch' era inconcepibile che la proprietà dell' attore si fosse estinta *ipso iure*, (II § 103 pag: 490); ma qui non trattasi di proprietà, sibbene del diritto dell'azione di rivendicare la proprietà. Noi crediamo che la ragione dell'*exceptio* del sistema formulario sia nel manco del carattere quasi contrattuale, che rimarcavasi nella *sacramenti actio*; in questa l'attore e il reo vendicavano ambidue la cosa, ambidue trovavansi nelle stesse condizioni, e contestavano la lite obbligandosi al *sacramentum;* non così nel sistema pretorio. In questo modo non è necessario ricorrere alla teoria dello Stintzing altrove confutata, (vedi n. 2, pag. 126 e seg. di questo libro) che la consumazione dell'azione *ipso iure* sotto il primo sistema, *per exceptionem*, sotto il secondo, rispetto alle azioni reali fa dipendere dall'essere stato colle azioni della legge dedotto in giudizio l'obbietto stesso litigioso, mentre nella formula l'*intentio* era concepita sopra una somma di danaro, pag. 27-30.

cramento, una e ineffabile la parola magistrale che lo giudica; or se lo attore avesse potuto ritentare la pruova del sacramento, avrebbe col fatto niegato questi caratteri, avrebbe messo in dubbio l'infallibilità del magistrato giudicante, tutto il sistema religioso dell'antichità; la verità dell'oracolo sarebbe vacillata, il protestantesimo del diritto si sarebbe aperta la via nel rigido cattolicismo, se mi è lecito di così esprimermi. Ma non solo l'attore non avrebbe potuto rinnovare il *sacramentum* in caso di soccumbenza, egli non poteva più retrocedere dopo aver contestata la lite, ed era quindi costretto a condurla al suo termine se non avesse voluto perdere la scommessa e conseguentemente perdere per sempre il suo diritto. Questa necessità gli era imposta dal cennato principio; onde non in virtù di accordo privato, bensì in forza di una legge suprema estinguevasi il suo diritto originario, ad altro non avendo potuto pretendere che al diritto di una condanna, diritto ch'egli avea non verso il debitore, ma verso il giudicante; dapoichè il debitore in se stesso, più che alla pretesa obbligazione dei moderni di lasciarsi condannare, tendeva all'assoluzione, che era il conservamento diffinitivo delle cose come si trovavano pria della *litis contestatio*, al guadagno del *sacramentum*.

Nel processo formulario il principio: *bis de aedem re ne sit actio* spiegò la sua vigoria come principio civile, perchè civile era divenuto il diritto. E da una parte l'interesse supremo della società di non veder ad ogni istante ripetere le stesse controversie disposato coll'interesse privato del convenuto di non essere a beneplacito dell'avversario sempre molestato e ripetutamente, dall'altra la sentenza condizionata e ipotetica, che il giusdicente profferiva al momento della *litis contestatio* : *si paret condemna, si non paret absolve* espressa nella formula, fecero sì che la massima conservasse il suo impero. Però la distinzione dei giudizî in legitimi e contenuti nell'impero, del diritto in civile e pretorio, portò delle modificazioni secondo le quali la *consumptio* divenne diretta, o indirotta, al che si sottoposero le stesse azioni civili conforme che fossero state personali o reali.

Il risultato di queste modificazioni si fu che la massima: *bis de eadem re* ebbe la sua piena applicazione sulle azioni personali con una *intentio* civile intentate in un giudizio legitimo, in tutti gli altri casi possibili l'*actio* estinguevasi indirettamente, cioè col mezzo pretorio dell'*exceptio rei in iudicium deductae*. An-

che della proprietà quiritarla l' *actio* estinguevasi coll' *exceptio*, ancorchè prodotta in un giudizio legitimo. Fu questo senza dubbio un cangiamento arrecato nel nuovo sistema, ed indispensabile, dopochè il diritto della proprietà si decideva non più per indiretto e sopra i rapporti quasi contrattuali del *sacramentum*, ma direttamonte e con una sentenza sopra una somma di danaro. Però non saremmo alieni dal credere che qualora le questioni sulla proprietà fossero state portate innanzi al collegio centumvirale colle solennità del sacramento, si fosse mantenuto in vigore l'antico principio, e la *consumptio* si fosse effettuata *ipso iure*.

L'effetto positivo della *litis contestatio* è il *condemnare oportere*. Dall'idea che l'attore più non potea vantar pretese sul diritto primitivo dalla quale sarebbe stato con una semplice negaziono rimosso, qualora il suo avversario avesse invocato l'aiuto del principio: *bis de eadem re*, o il sussidio pretorio dell' *exceptio rei in iudicium deductae;* ma che egli potea anzi avea diritto alla *condemnatio*, facile fu il passaggio al concetto della novazione (1). Però non bisogna fermarsi alle apparenze esteriori e dalle semplici parole *contrahere*, *novari* che occorrono nelle fonti parlandosi della *litis contestatio* dedurre che realmente avesse luogo un vero rapporto contrattuale, una vera novazione; conviene piuttosto determinare il senso in che i giureconsulti rispetto alla lite adoperarono queste voci, specialmente quando nelle stesse fonti la voce *contrahere* s'adopera per altri significati (2) e la *novatio* espressamente viene appellata *necessaria* per escludere il reciproco elemento dol volere.

Scopo della *litis contestatio* è la sentenza, e come tale questa nei suoi effetti retroagisce al momento della contestazione: la distanza che corre dalla contestazione alla sentenza sparisce e dei due puntí non se ne forma che un solo. L'attore ha certamente il diritto, che le sue pretese quando sono trovate ben fondate siano tosto soddisfatte; se per il maltalento dell' avversario dee decorrere un tempo per attendere la sentenza del giudice, non è egli che dee sentirne il pregiudizio; ma giustizia richiede che egli abbia tutto ciò che avrebbe avuto, se la sentenza

(1) Gaj. III, 180. Vat. frag. 263. L. 2 § 8 D. de hered. vel act. vend. XVIII, 4.

(2) L. 20 D. de iud. V, 1. L. 1 D. de relig. XI, 7, L. 3 § 3, L. 4 quibus ex caus. XLII, 4.

fosse stata immediatamente alla *contestatio* pronunziata, e se il reo avesse subito soddisfatto (1). Da questo principio ne siegue che il convenuto deve all' attore i frutti tanto naturali quanto civili (2), incondizionatamente rispetto a quelli che possiede al tempo della sentenza, mentre rispetto agli altri che più non possiede o non esistono si distingue tra la buona e la mala fede. Nel primo caso il convenuto di buona fede è obbligato ai frutti quando egli più non li possiede in seguito a manco di necessaria diligenza, o potendoli raccogliere li ha per negligenza lasciati deperire: il convenuto di mala fede deve tutti i frutti o il valore che ne avrebbe avuto il legitimo padrone al tempo della *contestatio* (3).

Parimenti, dopo la contestazione il reo è tenuto al risarcimento per la deteriorazione o la perdita dell'obbietto litigioso; e in generale, trattandosi di un *facere*, è tenuto ai pregiudizî che all'attore ne verrebbero se esso non sia più al tempo della sentenza possibile. Quí di bel nuovo il convenuto di buona fede deve prestare la colpa lieve, quello di mala fede anche il *casus* quando egli non pruova che pur in potere dell' attore la cosa si sarebbe deteriorata o perita (4).

Quali effetti della *litis contestatio* sono da riguardarsi la perpetuazione dell'*actio* che perita sarebbe o col decorso di tempo o colla morte dell'attore, e quindi la translazione della lite pendente negli eredi (5); la interruzione della *prescripitio* siccome quella che non è un modo acquisitivo della proprietà quiritaria, non così dell' usucapione che può compiersi durante il litigio; l'inalienabilità dell'obietto litigioso (6), con poche eccezioni (7), nel-

(1) L. 91 § 7 D. de legat. XXX (I). L. 1 § 10 D. ad leg. Falcid. XXXV, 2.

(2) LL. 2, 3 § 1, L. 38 § 7, 15 D. de usuris XXII, 1. L. 91 § 7 D. de legat. XXX (I). L. 8 D. de re iud. XLII, 1. L. 40 D. de acq. rer dom. XLI, 11.

(3) § 2 Instit. de offic. Iud. IV, 17. L. 17 § 1 LL. 20, 35 § 1 D. de rei vind. VI, 1. L. 9 §§ 6, 7 D. ad exhib. X, 4. L. 5 § 4 D. de usufruct. XII, 6. L. 2, 38 § 7 D. de usur. XXII, 1.

(4) LL. 21, 33, 36 § 1, L. 51 D. de rei vind. VI, 1. L. 15 § 3, L. 16 pr. L. 17 § 1. D. eod. LL. 20, 21, 40 de hered. pet, V, 3.

(5) § 1 Inst. de perp. et temp. act. IV, 12. L. 14 D. de his qui not. in fam. III, 2. L. 34 D. de iud V, 1. L. 22 § 2 D. de inoffic. test. V, 2. L. 8 D. de fideius. XXVII, 7. L. 139 D. de reg. iur, L. 17.

(6) LL. 2, 4 C. de litig. VIII, 37. L. 1 § 1 D. de litig. XLIV, 6.

(7) LL. 3, 4 C. eod.

l'antico diritto solo da parte dall' attore non possidente (1), nel diritto giustiniano anche da parte dal possessore (2). Dalle XII Tavole (3) e da Augusto l'alienazione fu vietata sotto pena dell'indennizzo del doppio, Costantino (4) proibì qualunque alienazione in qualsiasi forma anche tra congiunti, Graziano e Valentiniano (5) imposero all' erede dell' attore di proseguire il giudizio a suo rischio quantunque quegli per ultima volontà avesse disposto della cosa mobile o immobile o di un diritto di obbligazione, finalmente sotto pena di nullità fu vietata l'alienazione dell' azione da parte dell'attore, e dell'oggetto posseduto, come abbiamo osservato, da parte dal convenuto (6).

Giustiniano non ha espressamente aboliti gli effetti estintivi della *litis contestatio*, ma dell'insieme della sua legislazione risulta, ch'egli li ha ristretti, o meglio li ha resi conformi al nuovo procedimento e allo scopo generale della lite. Le disposizioni che possono fare argomentare all'abolizione non sono che speciali e in nessun modo accennano ad un principio applicabile a tutte le controversie (7); e d' altronde nella compilazione delle leggi parlasi ancora della *novatio* (8), che non avrebbe significato alcuno qualora gli antichi effetti della contestazione fossero dell'intutto spariti. Non conviene tuttavia dimenticare che i compilatori delle leggi, raccogliendo solo in frammenti l'antica e classica legislazione onde aver un valore nel presente, distrussero da una parte l' organismo di quella, e dall'altra riuscì loro impossibile di comporre un nuovo sistema; sicchè molti degli elementi della legislazione giustinianea hanno un valore puramente storico. Ed è appunto la difficoltà di potere in taluni casi risolvere se la data legge si confaccia o no all' insieme del nuovo organismo, che nel nostro argomento rende le opinioni discordi per modo che taluni dei

(1) Gaj. IV, 117. L. 1 § 1 D. cit. L. 1 D. quae res pign. XX, 3.
(2) L. 4 C. cit.
(3) L. 3, D. de litig. XLIV, 6.
(4) L. 1 C. Th. IV, 5, L. 2 C. eod. VIII, 37.
(5) L. 3. C. eod.
(6) L. 4 C. eod. Nov. 112, c. 1.
(7) Vedi L. 28 C. de fideius. VIII, 41.
(8) L. 3 § 1 D. de pecul. XV, 1. L. 2 § 8. D. de hered. vend. XVIII, 4, L. 60 D. de fideius. XLVI, 1. L. 29 D. de novat. XLVI, 2.

moderni niegano recisamente gli effetti della *litis contestatio* nel diritto giustinianeo (1), tal'altri la sostengono con o senza modificazioni (2).

CAPO XII.

Interrogatio-Confessio-Iusiurandum in iure.

Ci rimane a parlare di altri atti che succedevano *in iure* e che di non poco importanza erano, sia per determinare con precisione l'*intentio* della formula pretoria e salvarla dall' errore della *plus petitio*, sia per rendere inutile la sentenza e farla da surrogati della *litis contestatio*. Nel primo caso abbiamo l' *interrogatio*, nel secondo la *confessio* e il *iusiurandum in iure*.

§ 1.

INTERROGATIO IN IURE.

Era l'*interrogatio* una domanda solenne diretta dall'attore o anche dal magistrato al reo (3) per aver cognizione di taluni rapporti che dipendeano dalla sua persona, o per la determinazione dell' oggetto da lui posseduto e sul quale intentavasi la lite. La risposta del convenuto avea forza obbligatoria proveniente come da un contratto, e se la domanda era stata diretta dal Pretore, non era di ostacolo la sua autorità, quando tutta la efficacia giuridica derivava sia dalla risposta, sia dal mendacio (4). L'*interrogatio* se ai tempi di Callistrato per la mutata forma dei giudizi caduta era in desuetudine, nel sistema formulario fu molto adoperato ed ebbe nell'Editto pretorio il suo posto (5).

(1) Zimmern, III, Keller, Litiscontest. § 8-14. Savigny Sist. VI, p. 25. Wächter, Erörter. III p. 35 sg. Krüger, Processualische Consump. § 26, Windsceld, die actio p. 65, Lehrbuch. des Pand. I, § 124 n. 1.

(2) Buchka die Lehre vom Einfluss der Proc. II p. 1 seg. Wetzell Civilpr. § 14. Wieding der iustinianische Libellprocess. p. 339. Bethmann Holweg. III § 35.

(3) L. 9 § 1. D. de inter. in iure faciendis XI, 1.

(4) L. 11 § 9. D. eod.

(5) L. 1 § 1, L. 4 § 1 D. eod.

Alla validità dell'*interrogatio* richiedevasi non solo che fosse stata fatta *in iure*, ma che si fosse trattato di un'azione personale, di una cosa certa da domandarsi e che non poteva altrimenti essere determinata che dalla risposta del possessore; si richiedeva oltreciò la capacità della cosa ad essere obbietto di diritto, e la capacità dell'interrogante e dell'interrogato a stare in giudizio (1); condizione poi per gli effetti giuridici del mendacio si era che la risposta fosse partita *ex dolo malo*, non così *ex iusto errore et sine dolo malo*, nel qual caso si veniva in soccorso coi mezzi pretori all'interrogato (2).

E perchè la *interrogatio in iure* grave pregiudizio arrecava al convenuto, mentre *ex sua responsione vel confitendo vel mentiendo sese onerabat* (3), e la sua asserzione sempre contro di lui faceva pruova in giudicio (4), così gli si concesse la ritrattazione e il pentimento, specialmente se per nuovi documenti o per lettere di amici fosse stato avvertito del pregiudizio del suo operato: su questo principio accordavaglisi un tempo più o meno lungo a deliberare, entro al quale non si potea costringerlo ad una risposta (5).

La *interrogatio*, a detta di Ulpiano, fu per la prima volta introdotta a vantaggio di colui che chiamava in *iure* l'erede del suo debitore. In verità difficile essendo di provare alcuno essere erede o *bonorum possessor* e in qual parte, trattandosi di una *certa re*, era pur mestiere che dallo stesso convenuto se ne avesse potuto cavar la certezza, onde sfuggire ai pregiudizî che l'attore diversamente avrebbe potuto risentirne. E questi erano alla mano, dapoichè se il convenuto non era l'erede, l'azione intentata non avrebbe avuto effetto; se lo era, ma per una quota, l'attore correva il rischio della *plus petitio*; e qualora promoveva l'azione per una sola parte del suo credito, cadeva nel pregiudizio del *minus intendere* (6). L'interrogato dovea rispondere se era erede, e occorrendo, *quo iure* egli lo era: asseriva la qualità di e-

(1) L. 1 pr. L. 9 § 2, L. 14 § 1 D. eod.
(2) L. 11 §§ 8, 10, 11 D. eod.
(3) L. 4 eod.
(4) L. 11 §§ 1 5, D. eod.
(5) L. 11 § 11 D. eod.
(6) LL. 1, 2, 3 D. eod. Gai. IV, 54.

rede e la natura del suo diritto? così era tenuto a determinare la quota ereditaria. Da ciò seguivane, ch' egli rimaneva responsabile tanto dell'affermazione di erede quanto della porzione ereditaria, salvo che la sua qualità di erede non l'avesse egli presentata in buona fede. Che se la qualità di erede fosse esistita e l'interrogato non avesse colla risposta determinata la quota, si riteneva erede *ex asse*, quando la determinazione non fosse stata contenuta nella domanda stessa. Che se per l'opposto si dichiarava erede per una porzione minore della reale, per un quadrante invece di un *semisse*, *mendacii pena* era tenuto all'intiero; e in solido era anche tenuto, come se avesse negativamente risposto, colui che interrogato non rispondeva, perchè in questo caso si avea in conto di contumace (1).

Adopravasi ancora l'*interrogatio* nelle azioni *noxales*, *de pauperie*, *de peculio:* dapoichè non si conoscendo se il convenuto avesse ancora in suo potere lo schiavo, l'animale, il peculio, era costretto a rispondere: *an in potestate habeat eum in cuius nomine noxali iudicio agitur, sit an quadrupes qui pauperiem fecit eius, sit an peculium apud eum* (2).

Interessante era l' *interrogatio* allorquando era questione di una rivendicazione, mentre l'interrogato risponder dovea non solo se se possedeva, ma ancora per quale parte; e ciò perchè, secondo Giovaleno, se rispondeva di possedere una parte minore dell' effettiva, l' attore avea il diritto di farsi immettere nel possesso della parte non dichiarata; il che applicavasi anche per l' *actio damni infecti* (3).

Questi e simili altri casi pei quali un nuovo rapporto giuridico si stringeva tra l' interrogante e l' interrogato, erano dal pretore o in generale o nelle peculiari occorrenze regolati, Nella formula dovea farsi menzione della domanda e della risposta, e l' *actio* che ne derivava pigliava nome d' *interrogatoria.*

La formula era presso a poco così concepita :

Judex esto: *si paret Lucium Titium si viveret A.°*

(1) LL. 1, 5, 9 §§ 5, 6, 7. L. 11 §§ 1, 3, 4, 7. D. de interrogat. in iure fac. XI. 1.

(2) LL. 5, 7, 9 § 8 D. eod. Per gli effetti dell' azione nossale, vedi LL. 8, 13 §§ 1 14-17 eod.

(3) L. 20 § 1 D. eod.

decem milia dare oportere, quod (quota ex parte) N.s in iure interrogatus se L. Titii heredem (bonorum possessorem) esse responderit, eius (ex ea parte), iudex, N.m A.° c. s. n. p. a.

Iudex esto: si paret servus quo de agitur, cum eum N.s in potestate habere negaret, in potestate N.i fuisse dolove malo N.i factum esse quo minus in potestate esset, quanti ea res est, quam ob rem eum servum quo de agitur si liber esset, pro fure damnum decidere oporteret, tantae pecuniae quadrupli N.m A.° c. s. n. p. a. (1).

§ 2.

CONFESSIO IN IURE.

L'ordinamento pel giudizio e l'esecuzione della sentenza appartengono al magistrato; ma il giudizio non si ordina se non quando il reo contrasta la domanda dell'attore, s'egli però la riconosce, inutile si rende ogni ricerca, la sentenza cade da per se stessa mancando la *litis contestatio*, e solo rimane l'esecuzione. In questo senso la confessione del reo *in iure* ha forza di giudicato, si considera come una surrogazione assoluta o relativa della contestazione della lite, e quindi se da una parte si sostituisce a questa, dall'altra produce tutti gli effetti di quello: *confessus in iure pro iudicato habetur* (2).

Bisogna non pertanto distinguere se la *confessio* si riferisce ad una *certa pecunia*, o ad una cosa incerta la quale nella procedura delle azioni avrebbe dovuto determinarsi coll'*arbitrium litis aestimandae*, in quella delle formole apprezzarsi dal giudice. È nel caso dell'*aes confessum* che il reo si ha veramente per *comdemnatus*, e il diritto dell'attore si trova maturo per l'esecuzione; ond'è che fin dalle XII Tavole ugual procedimento esecutivo era stato disposto contro il *confessus* e il *iudicatus* (3), e all'attore si concedeva a soddisfacimento delle sue pretese non una novella *actio*, bensì il di-

(1) Rudorff edic. perpel. § 80, 81.

(2) L. 1 D. de confes. XLII, 2. L. 56 D. de re iud. XLII, 1.

(3) Aeris confessi, rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto. Post.

ritto d'esecuzione (1). Nel caso che l'*intentio* è sopra un'*incerta res*, la *confessio* riconosce il fondamento dell'*actio*, ma non rende esecutivo il diritto, perchè l'apprezzamento dell'oggetto e la determinazione della somma mancano, onde la massima: *certus confessus pro iudicato erit, incertus non erit;* prendendosi la parola *iudicatus* in significato di *condemnatus.* Perchè dunque la *confessio* avesse avuta la forza del giudicato, bisognava insistere presso l'attore confitente acciò avesse determinato o, secondo il processo formulario, valutato in danaro l'obbietto (2); e se si rifiutava, concedevasi all'attore l'*actio confessoria* per l'*arbitrium litis aestimandae* (3). Fu la legge Aquilia prima, e in generale poscia l'*Oratio divi Marci* che fecero luogo a questo arbitrio ed esclusero il *iudicium* per la controversia, il cui fondamento era stato riconosciuto dal reo (4).

Alla validità della *confessio* richiedonsi la capacità del confitente (5), la presenza in *iure* dell'avversario o di un suo rappresentante (6), la capacità passiva di diritto e la certezza dell'esistenza dell'obbietto (7), la mancanza di errore (8).

deinde manus iniectio esto. In ius ducito ecc. L. XII Tab. III. 1. Gell. XX, 10. Lex Rub. c. XXI, XXII. Confessi debitores pro indicatis habentur ideoque ex die confessionis tempora solutioni praestituta compntantur. Panl. sent. V. 5. 2.

(1) Si quis debitnm quocnmque modo confessus docetur ex aere actio creditori non datur sed ad solutionem compellitur. Paul. sent. II. 1 § 5. Vedi Panl. sent. V, 5 § 4.

(2) Si quis incertum confiteatur, vel corpns sit confessus, Stichnm vel fundum dare se oportere urgeri debet ut certum confiteatur; item eum, qui rem confessus erit, ut certam quantitatem confiteatur. L. 6 § 1. D. de conf. XLII, 2.

(3) Notandum, quod in hac actione qnae adversus confitentem datur index non rei iudicandae sed aestimandae datur; nam nullae partes sunt iudicanti in confitentes. L. 25 § 2 D. ad Leg. Aquil. IX, 2.

(4) L. 25 § 2 D. ad Leg. Aqnil. cit. L. 56 de re ind. XLII, 1. L. 6 § 2. D. de confes. XLII, 2.

(5) L. 6 § 5 D. eod,

(6) L. 6. § 3 eod. L. unic. C. de conf. VII, 59.

(7) L. 8. D. eod. L. 14 § 1 D. de interrog. in iure fac. XI, 1.

(8) L. 2 D. de confes. cit.

§ 3.

IUSIURANDUM IN IURE.

Maximum rimedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio, Gaio, e Paolo soggiunge: *hoc enim et compendio litium et aequitatis ratione provisum est* (1). In virtù del giuramento lasciandosi giudice della lite la parte cui è deferito, cessa ogni bisogno di pruova, ogni ricerca sulla natura ed esistenza dei fatti; alla contestazione della lite la fa da surrogato la delazione, alla sentenza il giuramento stesso (2). Ma questo non è che il *iusiurandum necessarium*, a differenza dello stragindiziale e volontario o convenzionale, che non ha forza obbligatoria.

Nell' Editto pretorio stava scritto: *eum a quo iusiurandum petetur solvere aut iurare cogam* (3). Colui al quale deferivasi il giuramento era lasciato nell'alternativa o di prestarlo al suo avversario o di soddisfarne il diritto, in questo modo indirettamente si costringeva la parte ad una confessione, conseguenza del rifiuto a giurare. Da questo bivio solo gli era concesso liberarsi col riferire il giuramento al suo avversario (4), e ciò dovea egli fare, perchè *manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec iurare, nec iusiurandum deferre* (5).

Una espressa remissione ha luogo quando l'attore da quest'obbligo dispensa il reo pronto a ginrare una tacita, quando egli stesso si rifiuta a prestare il *contrarium iusiurandum de calumnia* (6).

(1) L. 1 D. de iureiur. XII, 2. Paul. sent. II, 1. § 1.

(2) Hoc iusiurandum in locum litis contestatae succedit. L. 28 § 2 de iud. V. 1. Iusiurandum vicem rei iudicatae obtinet, cum ipse quis iudicem adversarium suum de causa sua facit, L. 1 pr. D. quarum rer. XLIV, 5.

(3) L. 34 § 6 D. de iureiur. XII. 2.

(4) Datur autem et alia facultas reo ut, si malit, referat iusiurandum.... cum non deberet displicere conditio iurisiurandi ei qui detulit. L. 34. §. 7. eod.

(5) L. 38 D. eod.

(6) Si reus cum iurare velit actor illi necessitatem iurisiurandi remisit, et hoc liquide appareat actio in eum non datur. Paul sent. II, 1,

Se il giuramento dato equivale al *iudicium*, la sua forza è maggiore della *res iudicata*, in quanto che distrugge tutti gli elementi dell'obbligazione, anche la naturale (1); ed a ragione, dapoichè nel *iusiurandum* concorrono più forti elementi che non nella *litis contestatio*, riposti nella libera alternativa per l'attore di deferire o no il giuramento, per il convenuto, di giurare o di far giurare. A somiglianza della sentenza si fa luogo ad azioni ed eccezioni analoghe. Così il reo acquista col giuramento l'*exceptio iurisiurandi* simile all'*exceptio rei iudicatae* (2) e talvolta ancora un'*actio utilis* quando giura che la cosa gli appartenga (3). All'attore proviene un *actio in factum* a somiglianza dell'*actio iudicati* (4) e se il giuramento è caduto sopra una certa pecunia o una *certa res*, è maturo per l'esecuzione, altrimenti è simile alla *confessio* e fa luogo all'*arbitrium rei aestimandae* (5). Compete parimenti all'attore l'*exceptio iurisiurandi* per la difesa della proposizione giurata, contro gli attacchi che potrebbe levare il convenuto (6).

Il *iusiurandum* si permise dapprima per una *certa pecunia* secondo la legge Silia, fu in seguito esteso per la legge Calpurnia

§ 3, LL. 6. 9 § 1 L. 41 D. eod. Vedi Paul. Sent. II, 1 § 2. L. 34 § 4, 7, L. 37 D. eod.

(1) Iusiurandum speciem transactionis continent, maioremque habet auctoritatem quam res iudicata. L. 2 D. eod. vedi L. 40: 42 pro D. eod. L. 94 § 4 D. de solut. XLVI, 3.

(2) Postquam iuratum est denegatur actio, aut si controversia erit, dest si ambigitur an iusiurandum datum sit exceptioni locus est. L. 9 ipr. D. eod. vedi L. 7, 11, pr. § 3 D. Eod.

(3) Si cum de hereditate inter me et te controversia esset iuravero hereditatem meam esse id consequi debeo quod haberem, si secundum me de hereditate tunc pronuntiatum esset; et non solum eas res restituere debes, quas possidebas, sed et si quas postea caepisses possidere, perindeque haberi quod iuratum esset atque si probatum esset, idcirco actio mihi utilis competit. Quod si ego ex eadem hereditate possiderem, tuque coepisses petere a me cum adversus te iurassem exceptione me uti iurisiurandi. L. 11 § 3 D. eod.

(4) Actori delato vel relato iureiurando si iuraverit vel ei remissum sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit L. 8. C. de reb. cred. IV, 1, vedi L. 9, § § 1, 3, 6. D. eod.

(5) L. 11 § 3 D. de iureiur. XII 2. L. 25 § 2 D. ad leg. Aquil IX 2.

(6) L. 28 § 7 D. de iureiur. cit.

a tutte le cose certe, per la *lex Cornelia* alle *actiones iniuriarum*, e finalmente a tutte le cause civili (1).

In quanto alle persone erano eccettuati i pupilli, gli eredi, le Vestali, i Flamini Diali (2).

CAPO XIII.

Capacità e rappresentanza giudiziaria.

§ 1.

LEGITIMA PERSONA STANDI IN IUDICIO.

La presente trattazione avrebbe dovuto far seguito immediato all' altra nella quale ci siamo studiati di svolgere gli elementi della romana magistratura. Ma siccome da una parte i principi sulla capacità giudiziaria si svolgono e soffrono delle modificazioni man mano che il procedimento cangia dal suo primitivo carattere e quelli della rappresentanza strettamente si commettono alla formula, e dall' altra parte tanto la capacità quanto la rappresentanza hanno luogo ancora nella procedura *in iudicio;* così abbiam reputato opportuno di porre innanzi tutto sott'occhio al lettore l'ordito di tutto lo svolgimento storico della procedura avanti al magistrato, presupponendo conosciute le nozioni sulla parte di attore e di reo, e così dando qui posto alla presente trattazione come transito agli atti che devono compiersi innanzi ai giurati.

Il nome comune ai contendenti è quello di *partes* o *adversarii* (3), anticamente si dissero ambidue *rei* (4), nomi speciali per l' uno sono *actor*, *petitor*, per l'altro *is cum quo agitur*, *possessor*, *pars fu-*

(1) Paul sent. II. 1 § 2 LL. 14, 34, 36 D. eod. L. 5 § 8 de iniur. XLVII, 10.

(2) Pupillo non defertur iusiurandum L. 34 § 2 D. de iureiur. cit. Heredi eius cum quo contractum est iusiurandum deferri non potest, quoniam contractum ignorare potest. Paul sent. II. 1 § 4. Verba Praetoris ex Edicto perpetuo de Flamine Diali et de sacerdote Vestae adscripsi: sacerdotem Vestalem et Flaminem Dialem in omni iurisdictione mea iurare non cogam. Gell. X, 15.

(3) Dirksen, Man. V. *pars*. § 4 — L. 4 § 4 D. fin. reg. X, 1. Gai IV, 16, 168.

(4) Fest. V. *Reus* p. 273, 289. V. *Contestari* p. 38.

giens, reus (1). Nella formula proposta per modello nell'editto pretorio son designati ambedue coi pronomi *is, ille* (2), e una terza persona che potesse pigliarvi parte col nome di *Lucius Titius* (3); a tempo della classica giurisprudenza l'attore si disse nell'Editto, *Aulus Agerius*; il convenuto: *Numerius Negirius* (4): nella legge della Gallia Cisalpina l'uno si dice: *Q. Licinius*, l'altro: *L. Seius* (5); il peregrino va designato coi nomi greci (6). A tutti questi nomi fittizi si sostituivano i reali quando dal magistrato si concedeva la formola.

Perchè si possa iniziare un procedimento, è mestieri non solo che le parti abbiano la capacità del diritto, sibbene ancora che abbiano la capacità dell'azione processuale. Non tutti coloro che dalla legge sono riconosciuti qual subbietto di diritto, sono capaci di intentare una lite. Annodando gli atti processuali dei rapporti giuridici, si richiede che i contendenti abbiano la capacità di formare questi rapporti, cioè la pienezza della personalità e del volere secondo le prescrizioni della legge, e la libera disposizione dei proprî atti. Secondo questo principio non potevano stare in giudizio gli schiavi, nei quali dalla legge niegavasi la personalità (7), tranne poche eccezioni (8); gl'*infantes*; i furiosi (9); le persone giuridiche (10); i peregrini, salvo che per casi speciali non si fingesse in loro la romana cittadinanza (11); gl'*impuberes infantia maiores* (12); i *puberes minores* (13); i *prodighi* assimilati nelle fonti ai minori sotto curatela, ai pupilli, ai furiosi. Tuttavia, gl'*impuberes infantia maiores*

(1) Gaj. IV. 88. L. 6 pr, D. de iureinrando XII, 2.

(2) Gai. IV, 46.

(3) L. 1 pr. D. de tab. exhib. XLIII, 5.

(4) Coll. leg. mosaic. II, 6. §§ 4. 5. Gaio ad ogni passo.

(5) Lex Rubr. c. 20.

(6) Gai IV. 37.

(7) Cum servo nulla actio est. L. 107 D. de reg. iur. L, 17. L. 6 C. de iud. III, 1. Gai II, 96, III, 114.

(8) Vedi L. 63 D. de iudic. V, I. L. 24 D. de lib. causa XL, 12. Tit. eod. de assertione sollenda VII. 17.

(9) L. 4 pr. L. 22 pr. D. de in ius vocat. II, 4. L. 1 § 2 D. de admin. tut. XXVI, 7, L. 9 D. de re iud. XLII, 1.

(10) Savigny sistem. II. p. 283.

(11) Gai. IV, 37,

(12) L. 1 § § 2, 4 D. de adm. tul. XXVI. 7.

(13) L. 1 § 3 D. de postul. III, 1. L. 1. C. qui petant. V, 31. L. 11 C. qui dare tut. V, 34.

tutore auctore e i *puberes minores cum consensu curatoris* possono stare in giudizio (1). Rispetto ai figli, benchè sotto la patria potestà e quindi *alieni iuris*, si riconosceva in taluni casi la capacità di agire giudizialmente, cioè nelle azioni d'ingiuria, nel deposito, nel comodato di cose altrui e che sono obbligati di restituire (2), in tutte le quistioni che si riferivano al *peculium castrens, quasi castranse* e *adventitium irregulare* (3); in quanto a quest'ultimo si richiedeva però l'approvazione del padre, che poteva nondimeno essere costretto dal giudice (4).

Per ispeciale disposizione di legge non eran facoltati a chiamare o esser chiamati in *iure* i magistrati durante il loro ufficio; e senza un peculiare permesso non potevano, sotto pena di 50 aurei, i discendenti o i liberti chiamare in giudizio gli ascendenti o i loro patroni.

Nelle fonti si distinguono i casi della incapacità giudiziaria, nella mancanza della *legitima persona standi in iudicio*, e nella proibizione di *postulare* (*postulare prohibiti*). I proibiti a postulare hanno un carattere tutto processuale e quindi appartengono al dominio delle leggi di procedimento; gli altri stanno sotto il dominio del diritto civile e son come tali governati dalle norme generali sulla capacità di azione e di disposizione.

Quantunque in qualsiasi stadio del procedimento tanto gl'incapaci quanto gl'interdetti a *postulare* devono essere dal giudice respinti, pure, se inavvertitamente sono ammessi agli atti processuali, la sentenza che si fonda sopra gli atti degl'incapaci è nulla, non così per gli altri (5).

§ 2.

RAPPRESENTANZA GIUDIZIARIA.

Nel procedimento della *legis actio* dovea ogni contendente *suo nomine agere*: ignota era qualunquesiasi specie di rappresen-

(1) L. 55 D. evict. XXI, 2. L. 1 §§ 1-4. L. 25 D. de adm. tut. XXVI, 7.

(2) L. 5 § 6. L. 11 § 8 L. 17 §§ 10-14, 17, 20 de iniur. XLVII, 10. L. 9 D. de oblig. et act. XLIV, 7. L. 19 D. depos. XVI, 3.

(3) L. 4 § 1 L. 9 D. de peculio castr. XLIX, 7. L. 8 C. de bonis quae lib. VI, 61.

(4) L. 8 pr. C. eod.

(5) LL. 9. 45 § 2 L. 54 pr. D. de re iud. XLII, 1. L. 4 C. si adv. rem iud. II, 27. L. 14 C. de proc. II, 13.

tanza (1), tranne che nelle azioni *pro populo* (2), *pro libertate* (3), *pro tutela* (4), e nell' *actio* furti, quando, secondo una legge Ostilia, il derubato o il suo tutore si fossero trovati in mano dei nemici o assenti a cagione del pubblico interesse (5). Col processo formulario prese a insinuarsi il principio della rappresentanza giudiziaria, dapprima per casi speciali quando a motivo dell' età o di una malattia non si potea personalmente comparire innanzi al tribunale (6), poscia in generale, e anche come mestiere (7). Noi dividiamo questo paragrafo in due parti, cioè nella rappresentanza lasciata all' arbitrio dei contendenti e quindi arbitraria, e nella rappresentanza legale.

A. *rappresentanza arbitraria.*

A questa specie di rappresentanza appartengono il *Cognitor*, il *procurator*, e in certo modo il *defensor*.

a. *Cognitor.*

Il Cognitore, che primo viene nell' Editto pretorio (8); era il rappresentante dell' attore o del convenuto, che alla presenza del magistrato (9), con parole certe (10), quasi solenni (11),

(1) Gai. Instit. IV, 83. Tit. 10 de his per quos agere possumus. IV, 10.

(2) Gai. IV, 83.

(3) Gai. IV, 83.

(4) § 1 Inst. cit.

(5) § 1 Inst. cit.

(6) Ex equo et bono ius constal — *ut maiores annis LX, et cui morbus causa est, cognitorem dèt.* Auct. ad Herenn. II. 13.

(7) Cic. pro Caec. 5. Horat. sat. II. 5.

(8) Vat. Frag. 382.

(9) Che la presenza del magislrato sia stata necessaria, si argomenta dalla solennità dell' atto e dell' aver avuto luogo *in iure* pria della *contestatio,* e dopo l' *editio actionis.*

(10) Gai. IV, 83.

(11) Gai. IV, 97. Questa solennità di parole non deesi però intendere nel senso delle azioni della legge (Vat. Frag. 318); le espressioni possono essere anche greche (Vat. frag. 319).

e incondizionate (1), da una delle parti presentavasi al suo avversario quale sostituto nella lite.

Necessaria era la presenza in *iure* di ambedue le parti, non così quella del cognitore ch'esser potea nn'assente; ma in questo caso allora cominciava la rappresentanza quando ne veniva alla conoscenza e ne accettava l'ufficio (2).

Esempi del modo come il Cognitore costituivasi ci sono amministrati da Gajo:

Attore:

Quod ego a te fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi Cognitorem do.

Reo:

Quando tu a me fundum petis, in eam rem Publium Mevium Cognitorem do.

ovveramente,

Attore:

Quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do.

Reo:

Quandoque tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do (3).

La costituzione cognitoria non altrimenti potea essere eseguita che per mezzo della formula. Quando adunque davasi un cognitore (vale anche ciò per il *procurator*), la formula era nell'*intentio* concepita sulla persona dell' attore, nella *condemnatio* sulla persona del rappresentante, colle modificazioni che la diversa natura dell' *actio* richiedeva (4).

Actio in personam:

Judex esto: *Si paret N.*m *Publio Mevio Hs. X. M. dare oportere, iudex, N.*m *L. Titio (cognitori) Hs. X. M. c. s. n. p. a.*

Actio in rem:

Judex esto: *Si paret Stichum q. d. a. ex iure quiritium A.*i *esse, neque is homo A.*° *arbitratu tuo*

(1) Vat. Frag. 329.

(2) Gai. IV, 83.

(3) Gai. IV, 83.

(4) Gai. IV, 86, 87.

restituetur, quantum ea res est, L. Titium (Cognitorem) A.° condemna si non paret absolve.

In virtù di questa sostituzione il *cognitor* non diviene *dominus litis*, lo si ritiene invece *loco domini;* quindi egli agisce e dimanda per il *dominus* (1), tranne che non sia un *cognitor in rem suam* (2). Laonde, anche ad eccezione di questo caso, quantunque la sentenza sia pronunziata nella persona del *cognitor*, pure l'*actio iudicati* si dà al *domino* o *in dominum* (3).

I vantaggi di questo modo speciale di costituire il *cognitor* si rendevano manifesti nei giudizî che aveano per conseguenza la pena dell' infamia: in questi non potea esser colpito il *cognitor*, perchè non era *dominus litis;* non il *dominus*, perchè non riceveva in suo nome il giudizio, nè era quindi come tale condannato (4). Inoltre quantunque il cognitore entrato non fosse in un'obbligazione diretta col suo avversario, pure per maggior cautela il suo nome aggiungevasi a quelle stipulazioni che si facevan precedere a taluni giudizî, così era a cagion di esempio nella stipulazione del doppio dei frutti che solevansi premettere alle azioni reali (5).

Una volta contestata la lite tutti gli atti processuali da compiersi innanzi al giudice si disimpegnavano dal cognitore senza bisogno di ulteriore assistenza del *dominus*. A questi non era, se non per una giusta causa e al cognitore non pregiudizievole, probabilmente espressa nell' editto, permesso di trasferire ad altro cognitore o a se stesso il giudizio (6); e al cognitore, dopo accettato il mandato, non era lecito più il retrocedere, e potea secondo le disposizioni dell' Editto (7), essere costretto a perdurare nell' ufficio, tranne che sopraggiunta non fosse una causa di e-

(1) Vat. Frag. 317.

(2) Gai IV, 97.

(3) Cognitore interveniente iudicati actio domino vel in dominum datur; non alias enim cognitor iudicati experietur vel ei actione subicietur, quam si in rem suam cognitor factus sit. Vat. Frag. 317.

(4) Vat. Frag. 339 restituito da Huschke. Vedi la restituzione fattane dal professore Luigi Alibrandi nella sua erudita monografia: De cognitoribus penes romanos veteres. p. 15.

(5) Paul. sent. V 9. 8. 2.

(6) Vat. Frag. 341 restituito da Huschke.

(7) Procuratorem (cognitorem, altrimenti non ha senso) ad litem suscipiendam datum, pro quo consentiente, dominus iudicatum solvi exposuit, iudicium accipere cogam. L. 8. § 3 D. de procur. et defens. III, 3.

scusazione: p. e. una capitale inimicizia tra lui e il *dominus* (1). L'ufficio esser dovea disimpegnato, come nel proprio interesse, con tutta la buona fede, e pene severissime, *extra ordinem* talvolta, si minacciavano contro un cognitore infedele (2).

Sulla capacità di dare o di esser nominato cognitore, conteneva l'Editto pretorio due capi distinti (3). Da principio solo gl'infermi, e i sessaggenari poterono nominare un cognitore nella lite, poscia tutti coloro che non potevano da per se stessi postulare; e siccome la cognitura non è che un'atto arbitrario di coloro che hanno la capacità di stare in gindizio, così non è difficile che senza restrizione di sorta, tranne che quella proveniente dalla natura di certi giudizi nei quali la rappresentanza non è ammessa, nell'editto pretorio sia stato loro concesso di dare un cognitore (4). Non potevano esser nominati cognitori gl'infami; le persone turpi; tutti coloro ai quali vietato era di postulare (5); le donne, salvo *in rem suam* (6); i soldati, salvo per negozi propri o del corpo cui appartenevano *(numerus)* (7). Dall'incapacità del cognitore, e dall'inammissibilità della cognitura nasceva per l'avversario un'eccezione dilatoria, appellata *cognitoria* (8).

La cognitnra fu in antico un'ufficio che gratuitamente prestavasi tra parenti ed amici (9), a poco a poco si convertì in un mestiere lucroso e mercenario, così che ai tempi di Cicerone non era da riguardarsi certamente come uno dei più onorevoli (10).

b. Procurator.

Vivente Cicerone, l'unico rappresentante giudizario si era il *cognitor*: l'espressione *procurator omnium rerum* accennava solo

(1) Vat. Frag. 140 restituito da Huschke.
(2) Paul. sent. V. 28. 38.
(3) Vat. Frag. 322, 323.
(4) L. 17, § 20. D. de iniur. XLVII, 10.
(5) Paul. sent. I. 2, § 1, 3, Vat. Frag. 324, L. 7. D. de postul. III. 1.
(6) Paul. sent. I, 2 § 2.
(7) L. 8, § 2 D. de procur. III. 3. L. 13. C. de proc. II, 13.
(8) Gai, IV, 124.
(9) Cic. Verr. II, 45.
(10) Cic. pro Caec. 5 Horat. serm. II 5, 34 seg. Svet. Vitell. 2.

all'amministrazione generale dei beni di un'assente e che potea essere affidata a un'amico, a un libero, e anche a uno schiavo; ma non stava in rapporto col mandato giudiziario, in cui il nome *procurator* solo ai tempi di Gajo piglia un significato processuale (1).

Allato al *Cognitor* fu collocato il *procurator*, cioè un mandatario scelto alla rappresentanza della lite senza formalità solenni di parole, e senza bisogno della presenza e della conoscenza della parte contraria (2). La nomina del procuratore fu dunque originariamente estragiudiziale, fatta oralmente o scritta; in seguito s'introdusse la costituzione del procuratore *apud acta*, vale a dire la dichiarazione del costituente innanzi al magistrato, che ordinava di esserne preso atto nei libri forensi (3). I procuratori così nominati si dissero *procuratores praesentis*, ai quali si uguagliarono quelli che nel *libello principi dato* la parte dichiarava per tali (4). Un'altra costituzione era quella fatta per *nuntium* o per *litteras* mandate dal costituente all'avversario, ratificando ciò che nella determinata controversia avrebbe operato il procuratore da lui nominato (5).

Anche qui la formula era concepita nell'*intentio* colla persona dell'attore, e del reo trattandosi di azioni personali, nella *condemnatio* colla persona del procuratore. A differenza del *cognitor*, il procuratore, per la mancanza della costituzione solenne, formava una persona distinta da quella del costituente, assumeva tutto sopra di se il pericolo della lite, e ne diveniva in certo modo padrone, *dominus litis* (6). Qual conseguenza ne discendeva, che nella contestazione della lite con un procuratore, la *consumptio actionis* non avea luogo *ipso iure* come nella cognitura; quindi l'*actor* avrebbe potuto di belnuovo intentare la lite (7), perchè col giudicato producevasi un'*actio* o in *exceptio* non contro o a favore del padrone, bensì del *procurator* (8).

(1) Vedi Bethmann Hollweg, II § 100, pag. 420, 421.
(2) Gai. IV, 88.
(3) Vat. Frag. 317.
(4) L. 21 D. ratam rem haberi XLVI, 8.
(5) L. 65 D. de procurat. III, 3.
(6) L. 11 pr. D. de doli except. XLIV, 4. L. 4 § 5 D. de appellat. XLIX 1, LL. 22, 23 C. de procur. II, 13.
(7) Gai. IV, 98.
(8) Vat. Frag. 317, 332.

Non si mancò ben tosto a mettersi in campo delle modificazioni: così il *procurator presentis* riguardossi pari al *cognitor* rispetto alle cauzioni, delle quali sarà poco appresso discorso, e rispetto agli effetti del giudicato (1), e conseguentemente furon tutti collocati allo stesso livello (2). Donde la sparizione del nome e dell'uso dei cognitori, tranne alcuni vestigi nella compilazione delle leggi, nelle quali il sostituire alla voce *cognitor* quella di *procurator*, e il modificare intiere sentenze, non valsero a cancellare le ricordanze storiche di quell' istituto.

Sulla capacità di dare o esser nominato procuratore stanno le stesse disposizioni che riguardano il *cognitor*. In generale il procuratore era tenuto a usare tutta la diligenza nel condurre il procedimento, egli non poteva allontanarsi dal mandato ricevuto, e doveva un risarcimento dei danni al padrone per tutti i pregiudizi arrivatigli a cagione della sua negligenza (3).

c. *Defensor.*

Il *defensor* è il rappresentante dato all' *indefensus* contro il quale sta per essere effettuata la *missio in bona*, o la *bonorum venditio* (4); quindi lo si ritiene come un *procurator praesumptus*, o meglio un *negotiorum gestor*, il quale, mercè una cauzione, viene ammesso a difendere gl'interessi dell'assente alla insaputa di lui.

Coll' uguagliare il procuratore al cognitore, nulla le leggi modificano sul conto del *defensor*, egli dee sempre la *cautio rati* per assicurare l' avversario dal pericolo di una nuova lite, e solo n' è sciolto col mezzo della *ratihabitio* (5), giacchè in questo caso il *dominus* assume su di se la responsabilità della lite.

B. *Rappresentanza legale.*

Rappresentanti legali diciamo quelli, i quali sono proposti alla direzione di una lite non per la volontaria scelta dei contendenti

(1) Val. Frag. 317, 331, 333.

(2) L. 56 D. de iudic. V, 1. L. 27 pr. L. 66 D. de procur. III, 3. L. 25 § 2 D. de excepl. rei iud. XLIV, 2. § 3 instit. de satisd. IV, 11.

(3) Vedi Welzel, System des örd. Civilpr. § 10.

(4) L. 1 D. de negot. gest. III, 5.

(5) Vedi cap. 3. Consultat. L. 27 pr. L. 40 § 2 D. de procurat. et defensor. III, 3.

bensì per necessità di legge, e questi sono l'*actor municipum*, il *defensor civitatis*, il *syndacus*, e il *tutor o curator*.

Le persone giuridiche, le quali non godono di un volere naturale, siccome han bisogno di un'amministrazione speciale nei loro beni, così per intentare e condurre a termine le liti han bisogno di una speciale rappresentanza. Questa può esser portata da un membro dei rappresentanti l'amministrazione della comunità, ma può ancora la comunità stessa scegliere un individuo, che appositamente abbia il mandato di rappresentarla in giudizio. Questa facoltà di eleggere un simile mandatario è determinata da statuti generali o speciali (1).

Le prime persone giuridiche furono i municipi amministrati con propria magistratura e con un senato; la persona scelta a rappresentarli in giudizio si disse *actor municipum*, il quale era tenuto a disimpegnare il suo ufficio come un pubblico peso, *munus publicum* (2). Concesso il diritto della personalità o diversa specie di corporazioni, anche queste, al pari dei municipi, ebbero il diritto di scegliere secondo i propri statuti il procuratore per le singole liti. Più tardi si creò un ufficio permanente allo scopo di difendere gl' interessi della comunità; la persona che ne era investitá pigliava il nome di *defensor*, o, con greco vocabolo, di *syndacus* (3).

Come rappresentanti la persona o i beni della donna e del pupillo sono dalla legge chiamati a difenderli in giudizio il *tutor* e il *curator*. Sotto quest' ultimo nome s'intende ancora il *curator hereditatis iacentis*, *bonorum absentis*, *bonorum ventrisque ex edicto Carboniano* (4). Se il tutore stesso è parte nella lite, il pretore allora nomina un tutore straordinario per la causa, detto *tutor praetorius* (5).

La rappresentanza del tutore per il pupillo, quando questi non era ancora capace, *autoritate tutoris*, a stare in giudizio, è una delle eccezioni riconosciute nel procedimento delle *legis actiones* (6).

(1) Nulli permittetur nomine civitatis vel curiae experiri, nisi ei cui lex permittit aut lege cessante ordo dedit. L. 3 D. quae cuiusque univ. ttt, 4.

(2) L. 16 § 3 L. 18 § 13 D. de munerib. L, 4.

(3) L. 18 § 13 cit.

(4) Vedi Rudorff, das Recht der Vormundschaft II, p. 451 seg.

(5) Gai I, 184.

(6) Gai, cit.

La prassi a poco a poco questi rappresentanti legali pose allo stesso livello dei cognitori (1); mentre prima, al pari che il *procurator*, eran tenuti alla *satisdatio*, avvegnachè ne fossero stati qualche volta esenti (2).

CAPO XIV.

Cauzioni da prestarsi dai contendenti e loro mandatarî (3).

A vuoto sarebbero andate tutte le cure e tutte le diligenze poste nell' intiero procedimento *in iure*, tanto nell' interesse dell' attore quanto del reo, qualora fin dalla *litis contestatio* non si fosse assicurato il tranquillo e ordinato svolgimento degli atti processuali innanzi al giudice, la soddisfazione del diritto dopo la sentenza, e qualora non si fosse ovviato al pericolo di un secondo giudizio.

Non potea alla mente pratica è stupendamente legislativa del popolo romano sfuggire il bisogno di efficaci provvedimenti e di opportune cautele che avessero accompagnata la lite fino alla completa soddisfazione del diritto. Di queste cautele abbiamo noi in gran parte fatto cenno discorrendo i singoli periodi storici del procedimento: quì ne diremo quel tanto che basti.

Le parti, senza l'intrammezzo dei mandatari, dovevano e poscia potevano condurre la lite fino al suo risultato finale. Stando personalmente in giudizio la cauzione rendevasi indispensabile da parte dell'aggredito, l'attore nulla avea da garentire, perchè egli perseguiva il suo diritto, e le cauzoni erano stabilite per il soddisfacimento di questo, tale soddisfacimento incombeva al convenuto tutte volte che la sentenza fosse stata condannatoria, egli solo dunque era

(1) L. 6 § 3 D. quod cuiusque III, 4.

(2) Gai. IV, 99, 101. intorno all' actor Municipum vedi il frammento Vaticano 335 restituito da Rudorff, Edicti perpetui etc. § 32. n. 1. e da Huschke, iurisprudentia ante iustinianea, con poca diversità nella sostanza.

(3) In questo capitolo, non possiamo che riferir quasi le parole del Keller §§ 56, 57, e del Rudorff II, §§ 73, 74.

tenuto a prestar cauzione e ad assicurare all'avversario l'ipotetico suo diritto.

Ei conviene distinguere tra le azioni reali e personali.

Quanto alle azioni reali, nelle cause di vendicazione e di eredità il reo dovea prestar cauzione, tanto per la lite quanto per il possesso provvisorio, col presentare i *praedes litis et vindiciarum* contro i quali potea l'attore in ogni evento rivolgersi. Sostituita all'*actio sacramento* la *in rem actio* per *sponsionem*. all'antica cautela si fece succedere la *stipulatio pro praede litis et vindiciarum*, e nel sistema formulario, colla *formula petitoria* il reo fu tenuto alla semplice *cautio iudicatum solvi* (1). Di questi tre modi di dar cauzione è l'ultimo che essenzialmente dagli altri si differisce, dapoichè nel mentre i primi due tendono alla consegna della cosa all'attore e alla penale del duplo dei frutti, l'ultimo ha semplicemente per iscopo di assicurare il pagamento del *quantum ea res est*, nella condanna che avrebbe profferito il giudice.

Simile satisdazione trovava luogo nell'*actio confessoria de usufructu* e nelle *actiones vectigalis*, *de superficie*, *hypothecaria*, *publiciana*, e probabilmente ancora nella *confessoria* e *negatoria* per i *iura prediorum*, almeno quanto al *iudicatum solvi*.

Nelle azioni personali il generale fondamento della *satisdatio*, ch'è la garentia per la *rei restitutio* e la *litis aestimatio*, cessa; qui l'attore perseguita il suo diritto nella persona dello stesso debitore, non è la cosa ma la persona del convenuto che va obbligata, quindi per far luogo alla *satisdatio* più che un generale fondamento era bisogno di fondamenti speciali da trovarsi o nella natura stessa dell'azione o nella personalità del reo, sempre da indicarsi dal pretore. Quali esempî della prima specie vengono le *actiones iudicati*, *depensi*, *de moribus mulieris* e il *iudicium fructuarium*; quali esempî della seconda, il bancarrottiere fraudolente *cuius bona a creditoribus possessa prescriptare sunt*, cioè il debitor comune dopo trenta giorni dell'immissione dei creditori, e l'erede che, secondo talune circostanze, può dal magistrato esser ritenuto per sospetto (2).

Che se i contendenti avevan ricorso alla rappresentanza, il magistrato dovea provvedere a che gl'interessi di una delle parti non restasse per la rappresentanza dell'altra pregiudicati.

(1) Vedi su tutto l'argomento Gaio IV, 88, 89, 91-96, 100, 102.

(2) L. 1. 3, § 1, LL. 5, 8 D. ratam. XLVI, 8. Gai, IV, 98, 100, vat. Frag. 333.

Da parte dell' attore, se la rappresentanza faceva sì che non si fosse effettuata la *litis consumptio*, o che impediva al convenuto il vantaggio dell' *exceptio rei in iudicium deductae*, dovea darsi una garentia che avesse messo il convenuto al sicuro da nuove molestie e a lui stesso impedito di rinnovare la lite; questa garentia ora la *cautio de rato, ratam rem haberi* (1), sul fondamento della quale il reo in ogni evento potea dall' attore pretendere il risarcimento dei danni che la rinnovazione della lite avrebbe potuto arrecargli (2). Questo pericolo non esisteva per la nomina del cognitore, il quale in tutto e per tutto agiva *loco domini*, e con costui formava unica persona; onde inutile era la cauzione, non ponendo siffatta rappresentanza veruno impedimento agli effetti della *contestatio*: (3) Non così per il *procurator*, che assumendo tutta a se la lite rendea possibile un secondo giudizio (4) onde la *cautio amplus eo nomine neminem petiturum*, e ciò finchè non trovaron luogo quelle modificazioni che intorno a lui e alle altre specie di rappresentanza (*tutor*, *curator*, *actor*), abbiamo sopra osservate.

Sopra altro principio poggiavasi la necessità della cauzione per la rappresentanza del convenuto: qui potea benissimo succedere ch' egli in virtù della *litis contestatio* fosse stato liberato dalle molestie di un secondo giudizio (5), e che a cagione della rappresentanza non fosse stato obbligato verso l' attore se non il solo rappresentante; qualora costui fosse stato insolvente, in siffatto modo l' attore avrebbe dovuto disperare del pieno soddisfacimento del suo diritto. Ad evitare questo pregiudizio, indispensabile si rese una garentigia per qualunquesiasi specie di rappresentanza, secondo il principio generale: *nemo alienae rei idoneus defensor sine satisdatione* (6). La differenza stava solamente in ciò, che per il *cognitor* era sempre il convenuto che dovea prestar la *cautio iudicatum solvi*, appunto perchè a lui e contro di lui an-

(1) L. 22 § 8 D. ratam rem XXVI, 8.

(2) Gai. IV, 97, 98.

(3) Gai. IV, 98.

(4) L. 10 § 1 D. de in rem verso XV, 3. L. 23 D. de solut. XLVI, 3. L. 11 § 1 D. de novat. XLVI. 2.

(5) Gai. IV, 101 § 1, 5 Inst. de, satisdat. IV, 11. L. 46 § 2 L. 51 § 1. L. 52, 53 de procur. III 3.

(6) Gai. IV. 101. Vat. Frag. 317, L. 10 D. iud. solv. XLVI, 7.

dava l'*exceptio* e l'*actio iudicati* (1), per il *procurator* invece era egli stesso tenuto a quest'obbligo, senza eccezione di sorta anche per le altre specie di mandatari. Probabilmente era permesso al *dominus* nel caso del *procurator praesentis* prestar egli invece di quest'ultimo la *cautio iudicatum solvi*. In forza di questa cauzione avrebbe egli potuto rivolgersi, per l'esecuzione del diritto, contro il rappresentante, il rappresentato e loro fideiussori.

CAPO XV.

Assistenza giudiziaria.

I contendenti eran liberi di provvedere, sì *in ius* che *in iudicium*, da per se stessi agl'interessi della loro lite, ai mezzi giuridici che avrebbero potuto impiegare per la difesa del diritto. all'ordinamento processuale, alla concezione insomma dell'*actio* e dell'*exceptio* e alla loro processuale dimostrazione per avere dalla propria parte il convincimento del giudice. Ma quante difficoltà non avrebbe a ogni passo incontrato gente imperita del diritto, incapace di risalire alla ragione giuridica delle cose, a risolvere le quistioni, delle volte le più complicate, per le quali la semplice esperienza della vita non basta, ma si richiede piuttosto l'applicazione di principi che bisogna studiare, conoscere, e sapere nelle singole emergenze ridurre in pratica? I cognitori, i procuratori potevano essere estranei alla conoscenza del diritto, la loro costituzione non era che un puro comodo processuale per le parti, ma non avea lo scopo di difendere il diritto da tutti i possibili accidenti che ne avrebbero cagionato la perdita per cause diverse dalle processuali.

A questo bisogno si riparò col concedere alle parti, di essere assistite da persone perite nei principi giuridici, esercitate nel *respondere scribere cavere* (2), e le quali erano chiamate tanto per dirigere le ragioni dei privati e dei loro oratori, quanto per

(1) Gai. IV, 101. Vat. Frag. 371 Cic. verr. II, 24, 60.

(2) Eum dicerem (I. Consultum) qui legum et consuetudinis eius, qua privati in civitate uterentur et ad respondendum et ad agendum (*Ernesti* scribendum) et ad cavendum peritus est. Cic. pro Mar. 9.

servire da consiglieri al giudicante. Dall'essere chiamati dai contendenti per averne l'assistenza si dissero *advocati;* dalla natura del loro ufficio, ch'era il *consulere*, portavano il nome di *iurisconsulti;* e anticamente per essere stata la difesa processuale un dovere del patrone verso il suo cliente si chiamarono anche *patroni*, al pari che clienti si appellarono quelli che loro affidavano gl'interessi del proprio diritto, quantunque in realtà mancati fossero i veri rapporti del patronato e della clientela (1).

I pontefici interpreti e custodi della legge, esser dovettero i primi assistenti delle parti innanzi al tribunale, il che indipensabile era per la rigorosa applicazione delle *legis actiones* nelle quali alterandosi la menoma sillaba perdevasi la lite, come per la notizia dei giorni giudiziari. Pubblicato il secreto delle leggi per Appio Claudio (450), e fattasi l'aperta professione di Giureconsulto da Tiberio Coruncano (500) primo pontefice plebeo, tutto l'ascendente sacerdotale perdette terreno, e l'ufficio di assistente e di consultore nelle controversie divenne una professione, quantunque di secondo ordine, durante le guerre della repubblica, ed elevata a somma dignità nell'impero, quando al giureconsulto fu in certo modo conferita facoltà legislativa nei suoi responsi.

Il carattere di *advocatus* prese a poco a poco a staccarsi da quello di *iurisconsultus*, finchè nelle lotte della repubblica formarono due carriere distinte. Il giureconsulto dava in casa i suoi responsi, o nel foro, interrogato con una specie di formula: *quaero an existimes? Id ius est nec ne?* racchiudeva in una formula matematica la sua risposta sul diritto e sulla specie: *secundum ea quae proponuntur existimo, placet, puto*: L'avvocato assisteva personalmente la parte, e il nome *advocatus* fu una qualità dell'*Orator*. Alla caduta dell'impero, i due caratteri di *advocatus* e di *iurisconsultus* si trovano di bel nuovo ricongiunti, onde indistintamente si dissero, *advocati*, *iuris periti*, *scholastici*, e *togati* dal loro vestire officiale.

(1) Qui defenderet alterum in iudicio aut *patronus* dicitur, si orator est, aut *advocatus* si aut ius suggerit, aut praesentiam suam comodat amico, Pseudo-Ascon. ad Div. 4. 11. Privata iudicia maximarum quidem rerum in iurisconsultorum mihi videntur esse prudentia: nam et adsunt multum (in foro), adhibentur in consilio, et patronis diligentibus ad eorum prudentiam confugientibus hastas ministrant. Cic. de orat. I, 37, II, 74. Top. 17, ad Div. VII, 14, pro Cluent. 40, Brut. 84.

L'ufficio dell'avvocatura fu nella sua origine nn officio di onore, esso apriva la strada alle prime cariche dello Stato. Ma degenerati i costumi, questo nobile ministero si abbassò a strumento d'inimicizie, di odi, di accuse, d'ingiurie, per l'ingordigia del guadagno; fu appellato *fori tabes*, che a somiglianza dei morbi violenti, i quali aumentano al medico il prezzo e il guadagno, serviva a esser sorgente di danaro per i causidici. I provvedimenti della legge non potevan mancare: la legge Cincia (550) espressamente ordinò: *ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat* (1). Sotto Augusto il divieto fu rinnovato colla penalità del quadruplo (2); ma le frequenti e numerose trasgressioni dimostravano che la legge era ineseguibile. Sotto l'Imperatore Claudio un senatoconsulto ammise un *honorarium* fino a diecimila sesterzi (3), al di là di questo *maximum* continuò ad essere in vigore l'antica proibizione fin nel diritto giustinianeo (4). Nerone non solo permise ma obbligò il cliente, senza bisogno di un patto speciale, a pagare un moderato onorario (5) e impose al magistrato di valutarlo secondo la capacità dell'avvocato, l'importanza e la durata del processo. La convenzione di un onorario condizionato al caso della vittoria, fu come immorale sempre vietato, in qualunque forma si fosse presentata, sia come promessa condizionata (6), sia come *pactum de quota litis* (7), sia come *redemptio litis* (8). Queste massime fanno parte del diritto giustinianeo.

romossi erano all'ufficio dell'avvocatura tutti coloro che i

(1) Tac. Annal. XI, 5, 6.

(2) Dio Cassius LIV, 18.

(3) (Claudius) capiendis pecuniis posuit modum, statuit usque ad dena sextertia, quem egressi repetundarum tenerentur. Tac. Ann. XI, 7.

(4) L. 1 § 10 D. de extraord. cogn. L. 3 C. de post. II, 6.

(5) Le parole del senato Consulto tenuto sotto Nerone suonano: uti litigatores pro patrociiniis certam iustamque mercedem darent. Svet. Nero c. 17.

(6) L. 1 § 12 D. de extraord. cogn. L. 13.

(7) L. 1 § 2 cit. L. 53 D. de pactis II, 14. L. 5 C. de post. III. 1.

(8) Quinct. XII, 7. L. 9 § 2 D. de offic. proc. I, 16. L. 6 § 7 L. 7 D. de mand. XVII, 1, L. 15 C. de proc. II, 13.

magistrato proibiva di postulare, cioè le donne (1), i minori di diciassette anni (2), gl'infami, i ciechi (3), i sordi (4), naturalmente i muti. Colla nuova religione dello Stato a questi si aggiunsero gli eretici e i giudei (5), e inoltre tutti coloro che a cagione della *vita cohortalis* se n'erano resi indegni (6). Talvolta era al magistrato permesso di punire taluno coll' interdirgli di comparire in qualità di avvocato innanzi a lui (7).

Nella caduta dell'impero troviamo l'ufficio dell'avvocatura ben disciplinato. Gli avvocati sono innanzi tutto obbligati a non prendere a sostenere la difesa di una causa apertamente ingiusta (8), di non rifiutare a nessuno la loro assistenza (9), di agire colla massima fedeltà e diligenza senza ingiuria alla parte avversa (10). Ogni qualunque infedeltà ai loro doveri si riguarda come un delitto, e quindi si punisce, dietro pruova, colla temporanea sospensione, col carcere, con pene pecuniarie (11). In generale sono gli avvocati soggetti alle norme disciplinari dei tribunali ai quali si addicono (12).

In ogni tribunale è definito un certo numero di avvocati registrati in una matricola, e gl'immatricolati formano un collegio col diritto di corporazione (13). Il numero ordinariamente si è di trenta per il tribunale del Preside, di quaranta per quello del *comes orientis*, di cinquanta per il *Praefectus augustalis*, di cinquanta

(1) L. 1, § 5, de posl, III, 1. L 2 D. de reg. iur. L, 17.

(2) L. 1, § 3 D. de post. cit.

(3) L. 1 §§ 5, 8 D. de post. cil.

(4) L. 1. § 3 D. de post. cit.

(5) L. 8 C. de post. II, 6. L. 8. C. de heret. I, 5.

(6) L. 11. § 1 L. 17 pr. C. de adv. div. iudic. II, 7.

(7) L. 9 pr. §§ 1-8 D. de poen. XLIII, 18. L. 6 § 1, L. 8 D. de posl. cil.

(8) L. 14 § 1. C. de iud. III, 1.

(9) L. 13 § 9 C. de iud cil. L. 7 C. de post. cil.

(10) L. 14 § 1. C. de iud, cit. L. 6 § 1 D. de post. cil.

(11) L. unica pr. D. Si quis ius dic. II. 3, L. 6 § 1. LL. 7, 8 D. de post. cit. L 6 § 7 D. de mand. XVII, 1. L. 9 pr. §§ 1-4 D. de poen. XLVII, 19, L. 3 § 1 D. de decur. L. 2. L. 14. § 2 C. de adsessor. I, 51. LL, 1, 5, 6 C. de post. cit. L. 6 C. de adv. div. iudic. II, 7.

(12) L. 7, §§ 2, 3. L. 9 C. de adv. div. iud. cit. L. 12, C. de except. VIII, 36. L. 13, § 9. C de iud.

(13) L. unica C. de incert. pers. VI, 48.

per il *Praefectus urbis* (1); i sopranumerari hanno ad attendere che rimanga vuoto un posto per occuparlo (2).

Gli avvocati già immatricolati devono dimorare nella sede del tribunale, e qualora se ne allontanano, possono essere richiamati tra due o tra cinque anni, secondo che ne abbiano o no avuto il permesso (3).

All'ufficio dell'avvocatura si affibiano molteplici privilegî, ed eccoli come in parte li enumerano gl' imperatori Teodosio e Valentiniano: « *nulla togatis inspectio, nulla perquisitio ingeratur, nulla operis constructio, nulla discussio, nullum ratiocinium imponatur, nullum denique aliud eius mandatur praeter arbitrium in eodem duntaxat loco ubi allocutionis exercetur officium* (4). Giustiniano chiama gli avvocati *clarissima eloquentiae lumina* (5), Valentiniano dell'avvocatura ne fa un *seminarium dignitatum* (6), e il più bello elogio di questo collegio è nella seguente costituzione degl' imperatori Leone e Antemio: « *advocati qui dirimunt ambigua fata causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generis, quam si praeliis atque vulneribus patriam, parentesque salvarent. Nec enim solos nos imperio militare credimus illis qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos; militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi muuimine laborantium spem, vitam et posteros defendunt* (7).

(1) LL. 3, 5, 7. C. de adv. div. iud. II, 8.
(2) L. 11, § 1. L. 13. C. de adv. div. iud. II, 7.
(3) L. 7, § 2. L. 9. C. de adv. div. iud. II, 8.
(4) L. 6, C. de adv. div, iud. II, 7.
(5) L. 6, C. de adv. div. iud. II, 8.
(6) Nov. Valent. 2, 2, § 1.
(7) L. 14. C. de adv. div. iud. II, 7.

PARTE III.

PROCEDIMENTO IN IUDICIO.

CAPO I.

Natura di questo periodo processuale e principî generali.

La contestazione della lite, o meglio, la *comperendinatio* chiude il primo periodo del romano procedimento. Quando la controversia non tocca il suo termine innanzi al magistrato, sia col rifiutarsi da questi all'attore la formula tutrice e dichiaratrice del diritto, sia in virtù di una novella convenzione stabilitasi tra i contendenti, sia ancora per gli equivalenti della sentenza medesima, il giuramento, cioè, e la confessione *in iure*; quando a vece di tutto questo, si accolgono dal Magistrato le pretensioni dell'attore, e saldo rimane il convenuto nel suo diritto presunto; si apre il secondo stadio processuale che dee di necessità condurre, mercè l'assoluzione o la condanna, alla formale dichiarazione di quel diritto già ipoteticamente stabilito dal magistrato.

Questo secondo periodo forma il così detto procedimento *in iudicio*, il quale nel suo scopo strettamente si connette al primo, in quanto n'è la continuazione e il compimento. Se il Magistrato nella formula concepisce il diritto ipotetico, è pur mestiere che si converta questo in assoluta affermazione o negazione, in un formale pronunziato che sia la conseguenza delle indagini severe e coscenziose di quei fatti, che, presupposti, diedero origine al contenuto della formula. È perciò che vien detto, non di altro doversi il giudice occupare in questo secondo periodo, che della concreta disamina delle cose di fatto e dei fondamenti sui quali il diritto si poggia. Non però bisogna intendere il principio nel suo stretto, materiale significato; che se compito del giudice si è di applicar

precipuamente tutto il suo animo alla ricerca dei fatti, e da essi dedurre le sue convinzioni; pur nondimeno, tendendo questi a determinare il diritto cui per necessità si collegano, impossibile ne riesce la nuda analisi, senza che il giudice si spazii di sovente nei campi del diritto e misuri tra l'uno e gli altri i rapporti; che anzi talvolta, l'intiero ufficio del giudice si aggira principalmente intorno al diritto, come quando p. e. si tratta della vilidità di un contratto, della nullità di un testamento ecc.

Dal tribunale del Magistrato i contendenti sono rinviati sia innanzi a un collegio permanente, sia innanzi al giudice, agli arbitri, ai recuperatori, asseconda la natura diversa dei diritti e delle azioni, non che delle condizioni politiche e civili dei contendenti medesimi. Lo scopo unico di questa comparsa consiste, non nell'affermare e negare scambievolmente le contrarie pretese, bensì nel piegare la coscienza e il convincimento del giudice, ognuno dal suo canto, e ciò mettendolo nello stato di convincersi dell'esistenza di quelle cose di fatto che originarono il diritto, e quindi nella possibilità di assolvere o di condannare. Sicchè è nell'interesse delle parti non solo di addurre il cumulo di tutte quelle ragioni che militano a loro favore, ma ancora di mettere nella coscienza del giudice l'evidenza del vero giuridico.

Il concepimento della formula: *si paret condemna, si non paret absolve*, addossa tutto all'attore l'obbligo di determinare e di convincere la coscienza del giudice; quando a ciò egli non riesce, per questo solo, il reo deve andarsene assolto.

E questa è conseguenza necessaria del procedimento: il giudice non è chiamato a dichiarar direttamente il torto del convenuto, bensì a conoscere del diritto dell'attore: esiste questo diritto o non esiste? quando l'attore perviene a dimostrarne l'esistenza si traduce nel campo del certo la dichiarazione ipotetica del Magistrato: *si paret*, e quindi il reo se vuol sfuggire alla conseguenza: *condemna*, è allora nell'obbligo di addurre tutti i fatti in contrario: ma se all'attore non riesce di convincere il giudice, si effettua l'altro termine *si non paret*, per il quale è sciolto il reo da ogni vincolo, e il giudicante senz'altro pronunzia l'assoluzione. Laonde, i due membri: *si paret, si non paret*, hanno di mira le pretese dell'attore, senza riflesso veruno al diritto o al torto del convenuto.

La trattazione del procedimento *in judicio* dividesi in tre capi. L'uno abbraccia il sistema delle pruove, l'altro il pronunziato del

giudice, il terzo i rimedi contro la sentenza; di questi ci studieremo farne la storica esposizione dai più remoti tempi della romana legislazione fino a Giustiniano, conformemente all'assunto propostoci con questo lavoro.

CAPO II.

Sistema delle pruove.

Avvegnachè fossero stati lasciati, sotto le azioni della legge, all'arbitrio del giudice la direzione e l'ordinamento di tutta questa seconda parte del procedimento, non restando al magistrato che un semplice diritto di sorveglianza; pure non è a credere che fossero fin dal bel principio mancate quelle solennità che sogliono precedere e accompagnare un giudizio. Le XII tavole contengono precise disposizioni sul riguardo, e la *lex Julia judiciorum privatorum* stabilisce delle ferme regole processuali, da Aulo Gellio comprese sotto l'espressione di *riti legitimi* (1).

A tempo delle azioni della legge, per l'ordinario, i litiganti comparivano innanzi al giudice tre giorni dopo la contestazione della lite. Muovevan principio da una breve, succinta e orale esposizione della controversia, *causae conjectio* (*exordium, proemium, narratio*) (2) cui tenea dietro la circostanziata e larga perorazione, *peroratio* (*oratio continua*, *oratio perpetua*), non soggetta, fin ai tardi tempi della repubblica, a condizione veruna di tempo (3). La perorazione si versava sovra tutti i punti di diritto e di fatto sui quali erasi da profferir sentenza; onde si connettevano con essa le allegazioni delle pruove solite a promuoversi o nel mezzo o dopo la medesima.

La perorazione si compieva sempre alla presenza delle parti (4)

(1) In rerum quidem diffissionibus comperendinationibusque et *aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa Lege Julia* — adminicutati sumus. Gell. XIV, 2.

(2) Gai, IV, 15. Ps. Asc. ad Verr. I, 9. Gell. XVII, 2 Auct. ad Herenn. II, 13.

(3) Gai, eod. Cic. Top. 26. Verr. I, 18, n. 29.

(4) Com. per. ambo praesentes. Lex. XII. Tab. I, 6-9.

da un avvocato (*orator*), il quale, in origine, non tanto per mestiere, quanto per aprirsi la strada alla dignità e ai favori popolari, non che per acquistare i diritti e l'autorità di patrono (*patronus*), difendeva gratuitamente i diritti del suo cliente, o costituivasi testimonio e suggeritore dei medesimi (*advocatus*) (1).

La confessione e il giuramento furono senza dubbio, in questo periodo sacramentale, mezzi efficacissimi di pruova, acconci a determinare la coscienza del giudicante, se si rifletta specialmente che nel primo periodo processuale surrogavano la sentenza. Presso Gellio, il filosofo Favorino menziona le pruove per iscritto (*tabulae*), appellandosi all'autorità di Marco Catone; ma le parole di costui riportate dallo stesso scrittore non accennano che alla semplice pruova testimoniale (2).

Di questa si occupano a preferenza le leggi Decemvirali. Nessun cittadino, tranne che nei processi criminali (3), può, per via di costringimento, esser tratto innanzi al giudice a deporre testimonianza; un'ufficio amichevole più che un dovere è quello di prestare ai contendenti la propria presenza per testificare dei fatti, l'esistenza dei quali non può altrimenti esser dimostrata. Una larga eccezione però, nelle cause civili, si fa in quelle che godono di un carattere popolare (4); e in tutte le altre, si fa eccezione contro le persone che l' han fatto da testimonî e da libripende nelle cause di mancipazione, come testamento, vendita ecc. dedotte ora in giudizio: il rifiuto di costoro a presentarsi è punito colla perdita della capacità di far testimonianza e di disporre per testamento (5), e colla pena d'infamia.

(1) Advocatus si aut ius suggerit aut praesentiam suam comodat amico. Ps. Ascon. in Cic. Div. c. IV.

(2) Gell. XIV, 2.

(3) Cic. pro Flac. 6, 8, 37.

(4) Lex tulia Agraria. L. 1. V. prob. p. 1477 in Momsenn, inscript. Neap. 4601.

(5) Qui se sierit, testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur improbus, intestabilisque esto. L. XII. Tab. VIII, 22. Marezol. Zimmern, Puchta limitano soltanto al caso di testimonianza solenne la pena dell'intestabilità, nel senso che coloro i quali chiamati rifiutavansi a testimoniare perdevano la capacità di testimonio solo nei casi di testimonianza solenne. Ma questa restrizione è arbitraria; la parola *intestabilis* è generale ed estendesi a qualsiasi specie di testimonianza: antiqui eos

L'esser libero, nel pieno significato della parola, è l'unico requisito della capacità a render testimonianza, con questo principio farla non possono da testimoni gli schiavi, le femine, i minori, i dementi, gl'infami.

Le pene comminate dalla legge a coloro che deponevano il falso eran severissime, e ordinariamente la morte dalla rupe Tarpea (1).

La deposizione non poteva esser che orale, *coram* e *a presenti* (2), e la verità della stessa doveasi confermare con giuramento.

Nulla era determinato dalle leggi intorno al numero dei testimonî; oscuri e incerti erano i principî regolatori della coscenza del giudice per l'acquisto del suo convincimento: più che dalla logica giuridica tutto il suo pronunziato dipendeva dalle impressioni morali, talvolta ricevute dal grado di carattere di credibilità che offrivano le persone dei litiganti (3).

qui testimonium dimitti nolebant intestabiles vocabant- (Porphir. ad Hor. sat. II, 3, 181), e Gajo non fa distinzione di sorta nelle diverse specie di testimenianza allorchè dice: cum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, *ne ejus testimonium*, (in generale, e non in particolare) recipiatur, et eo amplius ut quidam putant neve ipsi dicatur testimonium. L. 28 D. qui test. fac. poss. XXVII, 1. Inoltre questi testimonii non possono essere altri, che quelli di cui parla la Tavola II, 3: cui *testimonium* defuerit, is tertiis diebus, ob portum, obvagulatum ito; or in questo caso della deficienza del testimonio la legge si esprime in termini generali senza specificazione veruna di testimonianza solenne; essa dice che colui cui il testimonio è mancato possa aver la dilazione di tre giorni, perchè alla fine del terzo si presenti innanzi alla sua casa si quereli di lui, e un'altra volta lo citi e le spinga a comparire. Perchè dunque cercare le restrizioni dove la legge evidentemente non le ammette?

(1) An putas Favorine si non illa etiam ex duodecim tabulis de testimoniis falsis, poena obolevisset, et si nunc quoque ut antea qui falsum testimonium dixisse convictus esset, e saxo Tarpeo deiceretur, mentituros fuisse pro testimonio, tam multos quam videmus?

(2) Cic. pro Rosc. Com. 15. Quinct. orat. V, 7 § 5, IX, 2 § 92.

(3) Importantissimo e il seguente frammento di Catone riferito da Gellio: Verba ex oratione M. Catonis (quam pro Lucio Furio contra Cn. Gellium dixit) haec sunt, atque ego a majoribus memoria sic accepi: si quis quid altero peteret, si ambo pares essent, sive boni sive

Sotto il sistema formulario poco cangiamento subirono le formalità processuali che disimpegnavansi innanzi al giudice. Le parti si presentavano al giudice loro assegnato mostrando la formola dell'azione (1). Qui il reo potea o confessare senz'altro il diritto dell' attore, o niegarne le asserzioni senza eccepire, o facendo finalmento valere le sue eccezioni qualora, non inserite nella formula, si fosse trattata d'un'*actio bonae fidei*. Più non era d' uopo la personale rapresentanza dei propri diritti da parte dei litiganti, che si poteano far sostituire dal cognitore e più tardi dal procuratore; i rigori della legge si erano mitigati, l'avvocato o l'oratore, sotto il rappresentante della lite faceva la sua libera perorazione e provvedeva a somministrare le pruove.

Lo svolgimento della dottrina sulle pruove merita in questo periodo classico del diritto qualche considerazione, e non la trasanderemo.

Alcuni scrittori distinguono con Quintiliano le pruove in inartificiali, ed artificiali, o dirette e indirette; altri, in interne ed esterne; le une somministrano i testimonii, i documenti, la confessione, il giuramento, la notorietà, l'ispezione; le altre sono conclusioni colle quali, da ciò ch'è certo procurasi di raccogliere e dimostrare l'incerto (2); sicchè strettamente si connettono alla perorazione dell'oratore, e alla dottrina delle presunzioni.

La pruova testimoniale, l'unica forse in origine riconosciuta, toccò l' altezza di tutta la forza morale nel fondare la convinzione del giudicante. Ma collo svolgersi della giurisprudenza, e col perdere la parola del libero cittadino tutta la sua forza antorevole, questo mezzo di pruova si vide dapprima sorgere al fianco un' altro rivale nella scrittura, (3) poco dopo lo si considerò come

mali essent, quod duo res gessissent; uti testes non interessent illi unde petitur potius credendum est. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Furio, « ni vir melior esset Gellius quam Furius » nemo opinor tam insanus esset, qui judicaret meliorem esset Gellium quam Furium, si non melior Gellius est quam Furio, potius oportet credi unde petitur.

(1) Gaj. IV, 141.

(2) Quinct. V. 2, 3, 8-10 Gell. XIV, 2. Paul. V. 5, 3, V. 15, 6.

(3) Convinci autem nonnisi scriptura aut testibus potest. Paul. sent. V. 3. Is tamen cum suis multis patronis clamitabat, probari apud me deberi pecuniam, datam consuetis modis, expensi latione, mensae rationibus, chyrographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessione. Gell. XIV. 2.

impotente contro questa (1); fu in seguito ritenuto da se sola insufficiente per la pruova di taluni diritti (2) e nel suo grado di credibilità si presero tutte quelle misure e cautele che indispensabili si rendono a cagione della malizia e della corruzione umana (3).

La disposizione delle XII Tavole sulla libertà del cittadino a deporre si conservarono intatte sul riguardo. Il numero dei testimoni sembra non sia stato limitato, se non forse per i giudizi recuperatori, dalla legge Manilia stabilito a dieci. Nei tempi imperiali, la restrizione fu rimessa all' arbitrio del giudice (4); mentre la giurisprudenza tenne per sufficiente il numero di due a provare l'esistenza dei fatti asseriti, ad eccezione di taluni casi nei quali se ne volle un numero maggiore) (5).

Per ordinario orale e sempre giurata esser dovea la deposizione, ed orale l' interrogatorio delle parti: a poco a poco però venne fuori la testimonianza scritta, *testimonium per tabellas*, la quale bisognava per la sua validità che fosse stata sottoscritta da più persone (*signatores*) (6). In questa testimonianza asseriva il teste ciò ch'egli stesso avea veduto, o che fosse stato affermato alla sua presenza (7); talvolta si rendea mallevadore della fedeltà ed esattezza di una copia (*descriptum et recognitum*) (8).

L' idoneità di diporre, per l' interpretazione della legge Giulia *de adulteriis*, dal giureconsulto Paolo si attribuisce anche alle don-

(1) Testes nisi olim fidei tabularum adhibiti titubare dicantur, adversus scripturam interrogari non possunt. Paul. sent. V. 15 § 4.

(2) Si tibi controversia ingenuitatis fiet, defende causam tuam, instrumentis et argumentis quibus putas, soli etenim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt. L. 2 C, de test. IV. 20 L. 4 eod.

(3) L. 3. D. de test. XXII, 5.

(4) Ex constitutionibus Principum haec licentia ad sufficientem numerum testium coartatur, ut iudices moderentur, et eum solum numerum testium quem necessarium esse putaverint evocari patiantur, ne effrenata potestate ad vexandum homines superflua multitudo testium protrahatur. D. 2 § 3 D. de test. eod.

(5) L. 12 D. eod. L. 15 § 1. L. 18 C. eod.

(6) Quinct. V, 7. 32, Cic. ad Att. II, 12. V, 16.

(7) Cic. pro Quinct. 6, 21. Plaut. Fruc. II, 6, 8. Quinct. V. 7. Senec. nat. qu. IV. 3.

(8) Orelli 3119. Cic. verr. II. 17.

ne (1); in generale però vale sempre il principio della libertà nel suo pieno significato, per determinarla (2). In mancanza di qualsiasi prova, e di liberi cittadini che depongano, nelle cause concernente l'eredità, la tutela e forse nelle cause decemvirali, si ha ricorso alla testimonianza dello schiavo dietro l'esperimento della tortura (3). Il rigore delle XII tavole contro le false deposizioni è alquanto mitigato: *qui in falso, vel varie testimonia dixerunt*, così Paolo, *aut in exilium agentur, aut in insulam relegantur, aut curia submoventur* (4), a questo mitigamento molto influì l'essersi considerata la pruova testimoniale nè come la sola, nè come la più importante.

Notevoli modificazioni furono arrecate da Giustiniano, o meglio nel sistema giustinianeo, rispetto alla pruova testimoniale. La descrizione lasciataci da questo Imperatere sull'avvilimento, in che la pruova testimoniale ai suoi tempi era caduta (5), è assai deplorevole; la parola del libero cittadino, che una volta era l'unica garentia e la pruova irrefragabile dei diritti, erasi convertita in istrumento di menzogna e d'inganno; da ciò il bisogno di porre un limite alla pruova testimoniale, di assegnare delle norme sicure per la tutela dei diritti.

Innanzi tutto non è più un atto libero ed amichevole quello di prestar testimonianza in giudizio; tanto nelle cause criminali quanto nelle pecuniarie, per una costituzione di Giustiniano, si dispone che tutti possono essere costretti a deporre con giuramento ciò

(1) Ex eo quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonium in judicio dicendi jus habere. L. 18. D. de Test. XXII, 5.

(2) L. 6 D. eod.

(3) Paul sent. V. 15 § 6. V. 16, § 2, 3.

(4) Paul sent. V. 15 § 5, L. 16 D. eod.

(5) Testium quidem usus propter probationes olim inventus est, ne quid eorum quae facta sunt lateret, postquam vero hominum animos major improbitas occupavit, periculum est ne hujus rei status in contrarium mutetur. Plurimi enim testimonium peribent non ut ea quae facta sunt patefaciant, sed ut magis occultentur. Nam qui alia sciunt, alia vero eloquuntur, vel dicunt quae nesciunt, hoc ipso confitentur, se nolle ea quae revera facta sunt manifeste fieri, et secundum ea sententias ferri, quae autem nunquam contigerunt, illa et denunciant et in judicium deduci volunt. Nov. 90, pr.

che conoscono, ad eccezione delle persone illustri e degl' incapaci. Condizione assoluta della capacità è la buona fama, e questa si misura dalla dignità, dall'ufficio magistrale, dalla ricchezza, (*dignitas, militiae, divitiae*), chi sta fuori di questi campi privilegiati, allora soltanto può innanzi al tribunale comparire come testimonio, quando coloro che ne son degni facciano garentia alle sue asserzioni, e dopo che s' instituisce una specie di processo morale sulla sua vita intima (1). Assolutamente incapaci sono i condannati in pubblico giudizio, e gl'infami (2); per le condizioni religiose, gli apostati e gli eretici (3): per manco di libertà, gli schiavi, tranne nel caso sopra notato, e dopo la tortura (4). Per rispetto alle deposizioni degl' individui di condizione servile ma che si affermano liberi, è da distinguere l'affermazione nello stato d' ingenuità o di libertà, nel primo caso si ammette la testimonianza e si eccepisce sulla quistione di stato, onde risultando la condizione servile, il deposto si ritiene per nullo; nel secondo caso bisogna provar lo stato di libertà coll' esibizione dei documenti, e poscia si ammette la deposizione (5). Tra gl' incapaci in senso relativo si annoverano i prossimi parenti, i patroni e i liberti per le controversie pro o contro di loro (6).

Il termine a comparire è fissato a giorni quindici dietro citazione fatta rilasciare dal giudice, e con una cauzione fideiussoria o giurata (7). Vanno da questa esenti le persone illustri e i Vescovi le deposizioni dei quali sono da raccogliersi in loro casa. Qualora la sede del testimonio sia da quella dei tribunale, cui dee presentarsi, lontana o in diversa provincia, può il giudice commettere al giudice del luogo ove trovasi il teste, la collezione della pruova testimoniale, presenti i procuratori delle parti, che han diritto ad intervenire per sorvegliare non solo all' interrogatorio, sibbene ancora per produrre le loro eccezioni (8).

(1) Nov. 9 C. 1 proem.

(2) L. 3 § 5 D. de test. XXII, 5, L. 2 de senat. I. 9.

(3) L. 3 C. de Apost. 1, 7. Vedi L. 21. C. de Heret. 1, 5, in cui si espongono i casi nei quali è riconosciuta valida la loro deposizione.

(4) Vedi C. de quaest. IX, 41.

(5) Nov. cit. cap. I, § 1.

(6) LL. 5, 6 D. de Test. XXII, 5. Paul. sent. V 15.

(7) L. 19 C. De Test. IX, 20.

(8) Nov. 90 cap, V. L. 16 C. eod.

I testimoni devono oralmente deporre alla presenza del giudice e delle parti nel termine dalla legge prefinito. Se per colpa del giudice la testimonianza non è potuta prestarsi, egli è tenuto al risarcimento dei danni alla parte lesa; se l'uno degl' interessati dietro avviso dell' esecutore si costituisce in contumacia, il giudice, presente l' altra parte, è autorizzato a ricevere la deposizione; non così a richiamare i testimoni, dopo trascorso il termine (1).

Che diremo della testimonianza scritta, o protocollata già in un giudizio antecedente? Qualora i testimoni che deposero in un anteriore giudizio sono viventi, quelli contro i quali il protocollo si produce sono in diritto a rifiutarlo, e a far citare, senza riguardo alcuno alla prima deposizione, i deponenti; se morti, è mestieri aggiustar fede alla scrittura, ove le deposizioni trovansi registrate, *et eas quasi factas accipere*; che se in parte soltanto siano morti, combinansi allora insieme le due cennate disposizioni (2).

Strana è la disposizione sull'esame dei testimoni a futura memoria, allo scopo di conservare la pruova; ma più strana ed assurda l' ha resa il nostro legislatore italiano nel codice di procedura civile (3). Giustiniano riconosce questa pruova condizionata dalla violazione antecedente di un diritto, disponendo che dal magistrato si raccogliesse, per farsi un giorno valere dall' interessato nel caso si volesse intentare giudizio : il futuro producente ha da citare la parte violatrice del diritto, la cui presenza è necessaria, per non darle pretesto di attaccare in seguito di nullità la pruova raccolta; se manca, Giustiniano dà alla pruova forza legale, perchè non dee il contumace, *comodum aliquod ex contumacia sua sentire* (4). Il legislatore italiano non è per la violazione attuale di un diritto, ma per il semplice motivo che sia nell' avvenire per mancare un testimonio, che ammette la raccolta della pruova a futura memoria ; il che importa , che l' interessato dovrà prevedere, che un altro individuo probabilmento vorrà ledere in avvenire il suo diritto, l'esistenza del quale non potrebbe essere dimostrata che con testimonianze di persone tuttora viventi, o che potranno trovarsi all'altro mondo quando avverrà la presupposta

(1) L. cit. 19 eod.
(2) L. 29 C. de Test.eod.
(3) Cod. proc. Civ. art. 271.
(4) Nov, cit. cap. 1.

violazione; ond' egli cita, il tranquillo, presunto, futuro violatore per assistere ad un atto che dee provare contro quella violazione ch' egli non si è lasciato passare per il cervello. Per abbondar troppo in cautele si cade nel ridicolo, e il nostro codice di procedura sgraziatamente ne dà frequente l'esempio. Ci si perdoni la digressione.

Per una disposizione di Costantino i testimoni hanno a prestar giuramento innanzi che dian principio alle loro deposizioni (1), le domande e le risposte devono protocollarsi, e dopo l'esame, consegnarsi, per farne lettura, alle parti. Pria di Giustiniano si permise di produrre ripetutamente i testimoni per ben tre volte a completare la pruova: quest' Imperatore prescrisse non essere lecito, se non prima di aver concluso, e ricevute le comunicazioni dei protocolli, la triplice riproduzione; una quarta chiamata permettersi, *jurejurando prius ab eo praestito, quo declaret, se testimonia, neque accepisse, neque legisse, nec ipsum nec advocatum aliquem, aut negotia gerentem, neque dolo aliquo, neque machinatione, neque arte, quartam se testium productionem petere, sed quod testimoniis nunciatis prius ui non potuerit*, e ciò non dopo un grande intervallo di tempo, ma subito, per non tirare in lungo la giustizia (2).

Il falso teste è tenuto in conto di spergiuro, e come tale può in qualità di falsario esser tratto innanzi ai tribunali. Che se la sua falsità si sospetta al momento stesso che depone, al giudice è fatto permesso di sottoporlo alle pruove della tortura. Se a cagione della falsa testimonianza si è profferita sentenza contro colui a pregiudizio del quale essa fu deposta, il condannato è in diritto di chiedere giudizialmente dal mendace il risarcimento del danno patito e l'applicazione delle pene comminate a coloro che *falsum testimonium perhibent* (3).

La forma diversa di manifestazione è di gran rilievo nel valore che ai diversi generi di pruova si attribuisce: per questo, grandemente si distingue la pruova testimoniale dalla dichiarazione della volontà fatta con forme permanenti, visibili, sempre indipendenti dalla memoria, dalla coscienza, dall'apprezzamento di colui

(1) L. 9. C. eod.
(2) Nov. 90, cap. 4.
(3) L. 13 C. de Test. IV, 20

che ha veduto o udito. Al momento che si rivela, la verbale dichiarazione sparisce e solo nella ricordanza altrui ne rimangono le tracce; ma se questa parola espressione dell'atto interno del volere s' imprime in un segno corporeo più o meno convenzionale (1), acquista allora un'autorità tutta propria, fresca sempre e spregiudicata passa a traverso i secoli, senza che il suo valore e la sua efficacia innanzi la giustizia scemino d' un punto, da quello della prima esterna manifestazione. Questa forma generale, nella quale il volere permanentemente s'imprime, si comprende sotto il nome di documento (2).

I documenti, a detta del giureconsulto, ottennero negli ultimi tempi della repubblica il vantaggio sulla pruova testimoniale (3). Ei conviene però distingue i pubblici documenti (*monumenta publica*) redatti da una pubblica autorità, con pubblici atti, dai semplici atti tra privati (*literae*, *tabulae*, *scripta*); è ai primi che si accorda tutta la forza probativa; ai secondi, allora solamente, quando chiaro risulta che una delle parti siasi obbligata a qualche cosa, e che la loro integrità e autenticità non venga messa in dubbio (4). Per assicurare da qualsiasi sospetto di falsificazione quest' atti e loro acquistaro tutta la fede possibile, da un Senato Consulto sotto Nerone si provvide a talune formalità senza le quali, *tabulae prolatae nihil momenti habeant* (5).

(1) Non figura literarum, sed oratione quam exprimunt literae obligamur, quatenus placuit non minus valere quod scriptura quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. L. 38 D. de oblig. et act. XLIV, 7. Vedi L. 10 D. de prob. XXII, 3. L. 11 D. de fin. reg. X, 1. L. 4 D, de bon. poss. XXXVII, 11. § 12. Inst. de test. cred.. II, 10. L. 2 C. eod.

(2) In senso tecnico usiamo questa parola invece d'*instrumenta* voce di più ampio significato. L. 1 D. de fid· iust. XXII, 4, nel nostro discorso però le adoperiamo tutte e due queste voci per esprimere l'istesso concetto.

(2) L. 10 D. de prob. XXII, 3. Paul sent. V, 15 § 4.

(4) Cic. pro Scauro, 9, 18. pro Flacco 17, pro Arch. 4, pro Caec. 23. Macrob. sat. XIV, 2. II, 12.

(5) Amplissimus ordo decrevit, eas tabulas quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae, triplici lino constrigantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriori scripturae fidem interior servet. Paul. V, 25 § 6.

I registri domestici *(tabulae, codices expensi et depensi)*, al pari che i libri commerieali di oggidì, fanno pruova talvolta a favore dello scrittore o del producente, qualora vi si osserva scrupolosamente tenuto l'ordine del tempo e delle cose, per modo che l'*expensum* dall'una parte corrisponda all'*impensum* dall'altra, oppure qualora sono appoggiati da altre circostanze che suppliscano ciò che in loro manca di forza probante (1).

Nei tardi tempi del diritto romano appartennero alla classe dei documenti, innanzi tutto i *protocolli* del magistrato fornito dalla necessaria facoltà per redigerli *(acta, gesta)*. Quest'autorità, questo *ius actorum conficiendorum* compete non solo al magistrato imperiale, al municipale, e al *defensor;* bensì ancora al *curator civitatis*, al *magister census*, e ad altre pubbliche autorità, quantunque nòn proposte all'amministrazione della giustizia. Gli atti però da quest'ultimi formati, ad ottenere piena efficacia è mestieri che siano dichiarati *ad acta;* gli altri per l'opposto, collegandosi la prova al ricevimento del protocollo e alla spedizione magistrale dello stesso, non bisognano per l'intima loro efficacia di questa dichiarazione, ma è solo facoltativo il farla *(allegare ad acta, insinuare actis, prosequi apud acta* o *gesta)* (2).

Un'autorità non dissimile a quella dei pubblici istrumenti godono le prescrizioni del magistrato *(commonitoria, praescriptiones)*, non che i conti dei pubblici amministratori (3).

Non si debbono con questi in un fascio confondere gl'istrumenti forensi, quei documenti cioè, che provengono da un Tabellone. Questi, abbenchè annoverati tra gl'*instrumenta pubblice confecta*, pur nondimento difettano del carattere di quella pubblica fede che suggella e accompagna i primi (4). I Tabelloni erano individui, che senza essere investiti di pubblica autorità esercitavano un mestiere tutto speciale consistente nella redazione delle memorie e dei documenti sopra negozi civili e specialmente su quelli con-

(1) Cic. pro Rosc. 2, 3. Gell. XIV, 2, L. 5 C. de prob. IV, 19.

(2) Savigny, Gesch. des Römiscen Recht im Mittelalter. XXII. 5.

(3) L. 10 § 1 C. de munerat. XII, 50. L. 4 C. de fid. iust. IV, 20. L. 23 C. ad leg. Cor. de fal. IX, 22. L. 3 C. de tab. scrib. X, 69. L. 1 C. de praep. agent. XII, 20.

(4) L. 23 C. ad senat. Cons. Vell. IV, 13. L. 20 C. de fid. iust. IV, 21, Nov. 73. Cap. 2, 6, 7 § 1. Nov. 136 c. 5.

tratti in moneta. Dall'essere il loro banco posto sul mercato, presero essi il nome di *forensi*, e *istrumenta forensia* si dissero gli atti usciti dalle loro mani. Sopra i Tabellioni estendevansi la sorveglianza del magistrato alla cui disciplina eran sottoposto, i loro atti portavano l'anno del governo dell'Imperatore, il nome del Console, l'indicazione del mese e del giorno in cui compilavansi, e tutto ciò alla presenza almeno di due testimonii (1). »

La forza probante di questi documenti non tanto sta collocata nell' intima loro natura, quanto nell'orale testimonianza ch'essi forniscono al tribunale, nel caso che insorga controversia sul loro contenuto e sulla loro autenticità, e ciò coi testimoni che si trovavano presenti al momento che conchiudevasi il negozio e redigevasi l'atto (2).

I così detti *instrumenta quasi publica*, gli atti cioè privati sottoscritti da tre testimoni idonei, nella forza probante, nè più nè meno, sono eguagliati a quelli dei Tabellioni (3).

I documenti il contenuto dei quali si presenta sotto le forme descritte, possono solo in un senso materiale appellarsi degni di fede; ma perchè facciano pruova in un modo corrispondente al loro contenuto e pieghino la convinzione del giudice, han bisogno di una credibilità formale. Perchè adunque il contenuto di un documento goda di efficacia giuridica è mestieri ch'esso realmente provenga da colui di cui esprime il volere, e che sia tale e non diversamente quale fu concepito ed espresso dal suo autore, scevro cioè da qualsiasi falsificazione. Quest'ultimo requisito di leggieri si presume, tosto che il documento presenta una forma esteriore d'integrità, laonde ogni qualsiasi litura o correzione farebbe dubitare dalla sua purezza, e scemerebbe, fino ad annullarlo, ogni grado di credibilità. Il requisito positivo è raffermato non solo dallo scritto stesso, bensì ancora dallo accedere di altri segni di pruova, diversi, secondo l'importanza del contenuto.

L'obbligo di dimostrare la verità dello strumento, quando di-

(1) L. 9 §§ 4-7 D. de poen. XLVIII, 19. L. 14 § 3 C. de sacrosanct. Eccles. I, 2. Nov. 47 c. 1. 2. Nov. 90. c. 1, 2.

(2) L. 11 C. qui pot. in pig. VIII, 18. L. 31 C. de donat. VIII, 54, L. 22 § 2 C. de iure delib. VI, 30. Nov. 44 c. 1, N. 74 c. 7.

(3) L. 17 C. si certum pet. IV, 2. L. 11 C. qui pet. pig. VI, 18. Nov. 83. c. 1. 2. Nov. 117 c. 2.

fettano quei segni che gli danno il suggello d'incontrabilità e di pubblica fede, incombe al producente. Affinchè la pruova sia ammessa, innanzi al giudice principale è da presentarsi non una semplice copia, ma l'originale dell'atto (1), e qualora il producente non lo possiede, egli è in diritto di chiederne la presentazione al suo possessore, il quale non potrassene rifiutare (2).

Una pruova ineluttabile della verità di un documento si è la confessione del producente, dietro la quale, l'avversario trae dallo stesso argomenti in suo favore. Non potendo il producente porsi in contraddizione a se stesso, nè niegare ciò che ha innanzi recato in suo vantaggio; ne segue che la confessione da lui fatta, in questo caso ha forza probante (3).

Un altro mezzo di pruova deducesi dalla collazione delle scritture (*comparatio literarum, manus collatio*), ma ciò, quando impossibile riesce di chiamare innanzi al giudice i testimonî che assistettero all'atto, e il Tabellione che lo redigette, sia perchè morti, sia perchè assenti. La collazione è condizionata dal giuramento da parte di colui che la propone col quale attesti solennemente *quo res ad majorem rei fidem accessionem omnino accipiat*, e inoltre, *se omni alia probatione destitutum ad comparationem instrumentorum venisse, nec quidquam circa eum fecisse aut machinatum esse quod fortasse veritatem occultari possit* (4). Di più, il raffronto è da farsi per mezzo di periti giurati, e coll'aiuto d'istrumenti pubblici (*actis insinuata*, o, *strumenta archiviis depositata*) o quasi pubblici (*forensia*) (5).

Quegli contro cui il documento è prodotto ha diritto, quando non gli difetta la pruova, a redarguirlo di falso (6). A tale scopo quando la verità dell'atto, attaccato ora di falso, fosse stata per lo innanzi concessa, il redarguente, può dal suo avversario pretendere che di bel nuovo lo presentasse, prestato prima il giuramento di poterlo impugnare (7). Che se per caso fortuito, il documento fosse stato distrutto o in qualsiasi modo perduto, il pos-

(1) Referens sine relato nihil probat. L. 2. D. de fid. instr. XXII, 4, Nov. 119. c. 3.

(2) L. 22 § 4 C. de fid. instr. IV, 21.

(3) Nov. 49, de reis qui appel. cap. 1. § 1. L. 2. C. de fid. inst. eod.

(4) Nov. 73 c. 7.

(5) L. 20 C. eod. Nov. 49. c. 2.

(6) L. 24. C. ad leg. Corn. de fals. IX, 22.

(7) L. 21 C. de fid. inst. eod.

sessore è da parte sua tenuto al giuramento, che: *ipsa chartula sine omni dolo sit deperdita*, *et productio ejus sibi impossibilis sit*, in virtù di questo giuramento egli è liberato dall'obbligo della produzione; che se per l'opposto rifiutasi, la forza probativa del documento resta distrutta (1).

Alla dichiarazione di volersi attaccare di falso il documento, può il producente ritirarlo, confermando così implicitamente la sua falsificazione e di conseguenza la sua incapacità di far pruova in giudizio civile (2) non così si sottrae da un giudizio penale (3). Se egli persiste nella verità dell'atto dee somministrare la pruova, e soffrire quindi tutti i pregiudizî di diritto.

Riesce la pruova di falso? tutta la forza probante del documento vien meno, e schiusa resta la via al giudizio penale (4). Nondimeno presupposto fondato il sospetto di falsificazione, puossi sospendere il corso al civile procedimento, far valere l'azione penale e attenderne l'esito pria di civilmente decidere.

Un altro documento di pruova è la *confessio*. La confessione innanzi al pretore rendea superfluo ogni ulteriore procedimento, essa surrogava la sentenza, e il reo confesso, fin dal tempo delle XII Tavole, ritenevasi per giudicato. Ma la confessione fatta innanzi al giudice non iscioglie costui dall'obbligo di profferire la sentenza, è una necessità impostagli dalla formula quella di assolvere o di condannare, quindi nella confessione, più che un surrogato, egli non dee vedere che un mezzo, un motivo che getta il fondamento alla sua convinzione, toglie all'avversario le difficoltà di somministrare altre pruove e prepara la sentenza. Nè solo la confessione della parte, ma quella ancora del suo rappresentante ridonda a pregiudizio del proprio diritto, quando non si è presti a ritrattarla o a correggere l'errore (5).

Che diremo della confessione estragiudiziale? Quando il dichiarante ha coscienza di ciò che asserisce, e la sua dichiarazione non sia conseguenza e prodotto dell'errore, non solo colla sua confessione rafferma il convincimento del giudice sopra la pura e sem-

(1) Eod.
(2) L. 3. C. eod.
(3) L. 7 C. leg. Corn. de fals. IX, 22.
(4) L. 23 C. ad Leg. Corn. eod.
(5) L. 1 C. de errore adv. II, 10.

plice esistenza di un fatto, ma può talvolta altresì creare un rapporto di diritto in vista del quale viene in chiaro il fatto che lo stabilisce. A constatare l'esistenza e la realtà di questa confessione si ha ricorso ai mezzi di pruova sia per testimonio, che per iscritto, e si tengono presenti le regole dell'ammissibilità degli stessi.

Sotto Giustiniano, la confessione qual mezzo di pruova rimane nella sua integrità. Coll' abolizione del doppio stadio processuale, il principio delle XII tavole: *reus confessus pro judicato habetur*, rimane nelle collezioni delle Pandette; però la sua importanza non può che esser meramente storica, e come tanti altri frammenti, in disarmonia coll' insieme del sistema giustinianeo.

In mancanza di qualsiasi altro mezzo di pruova alle parti è lecito di ricorrere al giuramento. Di questo abbiamo già tenuto discorso, trattando del procedimento *in jure*, qui non ci resta che avvertire quel che intorno alla confessione si è detto, cioè che il giuramento qui non è un surrogato, ma solo un mezzo efficacissimo di pruova.

Anche il giudice, a completare la pruova, può ad una delle parti imporre il giuramento solito ad appellarsi suppletorio o purgatorio, secondo ch'è diretto a compiere o a paralizzare e annullare una pruova. Ma questo è ben lontano dal produrre una transazione, e dal produrre gli effetti assoluti del giuramento deferito e riferito scambievolmente dai litiganti; la parte stessa, cui è imposto, può declinarlo offerendo la pruova del fatto sul quale è invitata a giurare.

Un modo tutto particolare del giuramento è il *jusjurandum in litem*, deferito ad una delle parti dal giudice per determinare gl'interessi e apprezzare la cosa, allorchè l'avversario, per contumacia o per dolo, siasi rifiutato a esiberla o a restituirla (1). Questo giuramento può essere *in infinitum*, o *cum taxatione*, secondo che il giudice prefinisca o no la quantità e i limiti entro i quali bisogna giurare; il giudice però non si vincola in verun modo, egli è libero di assolvere o di condannare per una quantità minore di quella giurata (2). Sull'ammissibilità di questo giuramento, il giureconsulto Marciano stabilisce ch'esso è sempre ammissibile

(1) LL. 1, 2. D. de in lit. jur. XII, 3.
(2) L. 4 § 2, 3. L. 5 § 1. 2. D. eod.

nelle azioni *in rem*, nelle azioni *ad exhibendum*, in tutti i giudizî di buona fede; e qualche volta, sotto date condizioni, nelle azioni di stretto diritto.

Le modificazioni processuali, appartate da Giustiniano, sul giuramento sono le seguenti. Il giuramento, sia esso imposto dal giudice, sia deferito e riferito dalle parti, dee subito esser prestato senza aspettare il risultato di un'ultima risoluzione, o il rimedio dell'appello. Quegli cui il giuramento è imposto o deferito, ha la scelta, o di pronunziarlo o di riferirlo al suo avversario; questi non potrà esimersene, e se vi si ricusa, la lite sarà decisa come se il giuramento fosse stato prestato, senza speranza di provocazione. Questa speranza non è interclusa a colui cui il giuramento si deferisce o s'impone, nel caso che vi si rifiuta. Compete al giudice di appello lo esaminare, se il giuramento fu rifiutato con ragione o a torto: in quest'ultimo caso conferma la sentenza; nel primo, riassume tutta la lite ed emenda o profferisce una nuova sentenza. Il diritto della provocazione è niegato alla parte che deferisce il giuramento, sia esso accettato sia ricusato, perchè ingiusto è l'appello da una sentenza pronuziata in conformità delle proprie dimande. Qualora la parte cui è deferito il giuramento si trovi assente, e solo rappresentata da un procuratore, il giudice ordina la citazione a comparire entro un dato termine, o dispone che il giuramento sia prestato, riferito, o ricusato nella provincia in cui si ritrova, col permesso all'altro contendente d'intervenire, per se o per mezzo del suo rappresentante, a questi atti. Nel resto, trattandosi di prestare un giuramento, si osservano le formalità religiose, e le eccezioni o privilegi di luogo per talune determinate persone (1).

Le pene contro lo spergiuro furono dell'imperatore Zenone per taluni casi abolite; per tutti gli altri, rimesse alle prescrizioni ordinarie antecedentemente stabilite (2).

La *perizia* della quale tanto uso oggidì si fa per accertare un fatto attuale, come mezzo di pruova, infrequente era presso gl' antichi, appunto perchè la distinzione del *jus* e del *iudicium* offeriva al Magistrato l'opportunità di affidare talune controversie che richiedevano apposite, speciali conoscenze ad uomini tecnici e intendenti della materia. Così fin dalle XII Tavole si fa spe-

(1) L. 12 C. de reb. cred. et jure iur. IV, 1.
(2) L. 13 C. de test. IV. 20.

ciale menzione degli arbitri nei giudizi divisori, e specialmente nella determinazione dei confini; e gli arbitri da principio non erano che uomini periti, i quali, secondo suona l'antica voce latina *arbitere (in rem praesentem ire)*, portavansi sul luogo dell'oggetto controverso, e, secondo i lumi forniti dalle loro cognizioni speciali, giudicavano.

A questo antico concetto degli arbitri subentrò probabilmente quello degli *agrimensores* nelle questioni *de fine intra quinque pedes*, nelle quali esaminavano il fatto sotto il punto di vista tecnico, e senza aver riguardo alle questioni di diritto che poteano insorgere, decidevano. Nelle questioni più gravi, nelle controversie *de loco*, nelle quali indispensabile era il vagliare i diritti e le pretensioni delle parti, la questione andava ai giudici, e agli arbitri secondo le modificazioni e il concetto avutone ai tempi di Cicerone; e questi all'uopo, sulla proposta delle parti, usavano dei lumi, delle osservazioni locali e tecniche dell'*agrimensor*, che in tal caso valeva quale testimonio.

Nel diritto giustinianeo, in due casi si fa menzione della perizia in rapporto al civile procedimento, nella comparazione delle scritture (1), cioè, e nel regolamento dei confini (2); più frequentemente nelle cose di amministrazione (3). In conto di periti bisogna ritenere gli *arbitri*, che il magistrato sceglie per la determinazione del valore delle cose sottoposte alla sua cognizione, come p. e. per apprezzare se i *fideiussori pro locupletibus habendi sunt*, per computare il complesso di una eredità allo scopo di diffalcare la *quarta falcidia* ecc. (4).

Qual mezzo speciale di prova si sogliono riferire ancora i *praejudicia* (5). *Prejudicium* in questo luogo, non altro significa che una sentenza anteriore la quale può o deve servir di norma ad una più tarda decisione. Tre specie di pregiudizi si distinguono da

(1) L. 20 C. de fid. inst. IV, 21. Nov. 73 c. 3 pr.

(2) L. 3 § 4 D. si mensor. XI, 6. L. 8 § 1 D. fin. reg. X. 1. C. eod. III. 39.

(3) L. 1 pr. D. de insp. vent. XXV, 4. L. 1 § 25 D. de vent. in poss. mit. XXXVII, 9. L. 6 § 1 C. de sec. nupt. V, 9.

(4) LL. 9, 10 D. qui satisd. cog. II, 8. L. 2 D. a quib. app. XLIX. 2. L. 1 § 6 D. si cui plus XXXV, 3. L. 5 § 2 D. de agnosc. et alend. lib. XXV, 3.

(5) Quinct. V. 8-10.

Quintiliano: 1°, esempi di una decisione antecedente sullo stesso punto di diritto; 2°, pregiudizi per sentenza pronunziata sopra un'obbietto che nella stessa causa determina altre decisione (*judiciis ad ipsam causam pertinentibus*); 3°, pregiudizi nascenti da una sentenza ultimamente pronunziata sullo stesso obbietto (*cum de eadem causa pronunciatum est*). Nel primo e nel terzo caso il pregiudizio diviene norma per le sentenze posteriori, in virtù del nvovo diritto in certo modo costituito, specialmente per una serie di sentenze uniformi; nel secondo caso, essendo ingiustizia che di due cause dipendenti dalla medesima decisione, quella di minore interesse fosse decisa prima e così pregiudicasse quella d'interesse maggiore, davasi istruzione al giudice di sospendere le sue ricerche e il giudizio sulla prima, se innanzi non si fosse venuto all'esito finale della quistione maggiore.

Poche parole intorno alle *praesumptiones*. Sono queste, deduzioni da un fatto conosciuto, che hanno per effetto di dispensare dalla pruova colui che trovasi in talune determinate condizioni. Esse sono o intieramente lasciate all'arbitrio del giudice, o stabilite e volute espressamente della legge. Bisogna però distinguere le specie diverse di presunzioni: alcune non ammettono assolutamente pruova in contrario, e queste, con barbara espressione, dagl' interpreti furono appellate *praesumptiones juris et de jure;* altre, valgono fin a tanto che con fatti contrarii non si distrugga la verità del fatto presunto, e queste vennero dette *praesumptiones juris* solamente; finalmente una terza specie è costituita dalle *praesumptiones hominis o simplices*, le quali separatamente prese son di poca efficacia, ma nel loro complesso e insieme alle altre pruove possono risolvere la coscienza del giudicante.

A chi incombe l'obbligo della pruova? Il principio fondamentale reso manifesto dalla formula: *si paret si non paret*, rimane fermo a traverso tutti cangiamenti e tutte modificazioni della legislazione. I principi formulati dalla giurisprudenza sul riguardo sono i seguenti: 1°, *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (1); 2°, *actore non probante, qui convenitur, etsi nihil ipse prae-*

(1) L. 21 D. de prob. et praes. XXII, 3. L. unica C. de prohil. sequest. IV, 4. L. 62 D. de judic. V, 1. L. 8 § 3 D. si serv. vind. VIII, 5. L. 14. D. de Carb. Edict. XXXVII, 10. L. 15 D. de oper. nov. nunciat. XXXIX, 1.

stiterit, obtinebit (1); 3° *probationes quaedam a reo exiguntur* (2). Sopra questi elementi fondasi l'*onus probandi*, e più specificatamente: l'attore è tenuto a provare tutte quelle cose di fatto che dimostrano l'esistenza del suo diritto; se il reo sostiene, che il diritto una volta esistente oggi più non esiste è tenuto ad addurre le pruove e i fatti che ebbero la forza di estinguere il diritto affermato dal suo avversario. Il reo contro le ragioni dell'attore può opporre tali circostanze, le quali se son vere, giustificano la sua controdimanda, quantunque fondata sia quella dell'attore; e ciò perchè l'azione intentata da costui o è annullata o paralizzata nei suoi effetti, o anche impedita nel suo nascere da quelle circostanze dal reo allegate; in tal caso, il reo costituendosi attore, assume l'obbligo di provare tutte le sue asserzioni, con quei fatti che ne mettano in chiaro l'esistenza nella coscienza del giudice (3). Finchè adunque il reo, si sta nel campo della pura negazione e della difesa, è sciolto dall'onere della pruova, appunto perchè nulla avrebbe da provare; ma quando egli si rende aggressore contro un diritto, che col fatto stesso dell'aggressione fa presumere esistente, è in debito di provare i fondamenti che fanno luogo e giustificano la sua aggressione.

(1) L. 21 D. de prob. et praesc. cit. L. 4 C. de edendo II, 1. L. 2 C. de prob. IV, 19. L. 9 C. de excepl. et praes. VIII, 36, L. 28 C. de rei. vindic. III. 32.

(2) L. 12 D. de prob. et praesc. cil. L. de excepl el praes. VIII, 36.

(3) Secundam generalem regulam, qnae eos, qui opponendas esse exceptiones adfirmanl, vel solvisse debila contendunt, haec oslendere exigil. L. 25 § 2 D. de prob. XXXII. 3. Reus in exceptione actor est. L. 1. D. de except. XLIV, 1. Nam si creditum petam, ille respondeat, solulam esse pecuniam, ipse haec probare debet. L. 12 D. de prob. eod. Si vero exceplione le munitum asseveres, de hac tantum agi convenit. Nam si eliam de intentione dubitas, habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem secundum asseverationem suam petitor probaveril, huic esse locum moslrari convenit. L. 9. C. de except. VIII, 36.

CAPO III.

Della sentenza e dei suoi effetti.

§ 1.

DELLA SENTENZA.

Dai tempi lontanissimi delle XII Tavole fin a quelli di Cicerone prevalse sempre il principio decemvirale, che il giudizio cioè dovesse cominciarsi allo spuntare del sole, e condursi a termine al tramonto (1). Il che importa, che se i litiganti non venivano ad una conciliazione, doveano innanzi al mezzogiorno far la *causae conjectio.*

Per l'assenza del convenuto, dovea l'attore attenderlo fin dopo mezzogiorno, e quindi, continuare ambedue il procedimento fino al tramonto. Questa disposizione delle XII Tavole fu abrogata o meglio modificata per un plebiscito del Tribuno M. Pletorio nel quale il tempo per il termine della lite, a vece del *solis occasus*, fu quello nel quale, per mezzo del banditore (*praeco*) ad alta voce pronunziavasi la *suprema* (2), cioè l'ora che il sole declinava dalla colonna Menia (3).

Questa rigida limitazione di tempo assegnato ai giudizî, oltrechè impediva di trarre in lungo le controversie, era nei primi tempi una necessità. Mancando, come pruove giudiziarie, i documenti, gli scritti e tutte le formalità dei protocolli, che si ve-

(1) In comitio aut in foro, ante meridiem causam conscinnto — sol occasus suprema tempestas esto. L. XII Tab. I. 6-9. La legge non esprime l'ora del cominciamento e della fine, per la ragione forse che ne rende Censorino: horarum nomine non minus anno ccc. Roma ignotum fuisse credibile est: nam XII Tabulis nusquam nominatas horas invenies ut in aliis postea legibus. De die natali c. 23.

(2) Suprima summum diei; id a superrimo. Hoc tempus XII. Tab. dicunt occasum esse solis, sed postea lex Plaetoria, id quoque tempus iubet esse supremum, quo praeco in comitio suprema pronuntiavit populo. Varro de LL. VI. 5.

(3) Plin. hist. Nat. VII. 60.

dono comparire in seguito nella procedura sotto l'impero; di leggieri si sarebbero dalla coscenza e dalla memoria del giudice cancellate le impressioni ricevute dal dibattimento orale, modificate le convenzioni acquistate nella freschezza della lotta, qualora al contendere delle parti, non avesse tenuto dietro immediatamente la sentenza. E questa era anche una garentia per le parti, dalle quali, per questo modo, allontanato veniva il sospetto di corruzione cui avesse potuto il giudice soggiacere.

Le moderne legislazioni han riconosciuto l'importanza di questo precetto della veneranda antichità nell'istituto dei giurati, sicchè nei giudizi penali il giudice del fatto deve, immediatamente al dibattimento, pronunziare il suo verdetto.

Non è però a credere che fosse stato sempre indispensabile terminare la controversia nel giorno stesso che presentavansi le parti al giudice. Ben potea succedere, che per un dubbio di diritto sorte nell'animo del giudicante, o per l'importanza della lite, o per il lungo tempo dalle parti occupato nell'interrogatorio dei testimoni, e nella perorazione, vi fosse stato bisogno di maggiori e più diligenti ricerche, o trascorsa fosse l'ora suprema per pronunziare la sentenza; allora si facea luogo all' *ampliatio*, protraevasi cioè il termine per una seconda, e all'uopo per una terza presentazione giudiziaria, da quì la *prima, secunda, et tertia actio* di Cicerone (1).

Parimenti, se una delle parti, per istretto bisogno, fosse stata impedita a comparire, o impedito fosse stato il giudice, nel giorno determinato a compartire la giustizia, per disposizione delle XII Tavole aggiornavasi il processo, il che dicevasi *diem diffindere, diem differre* (2).

Che se senza una valevole ragione, l'uno dei contendenti non si presentava in giudizio, le leggi al giudice imponevano non solo

(1) *Liquet*, verbum est juris, quo utebantur judices cum *amplius* pronuntiabant. Donat. ad Terent. Eun. II 3. 29.— Cic. pro Flac. 2. pro Caecina 2, 33. pro Tull. 5. Ascon. in Verr. II, 1. 9, Gell, XIV. 2.

(2) Morbus sonticus aut status dies cum hoste, (si) quid horum fuit unum judici, arbitroque, reove dies diffisus esto. L. XII. Tav. II, 2. Quaemadmodium potuit se sistere qui adversa valetudine impeditus est? et ideo etiam lex XII. Tab. si iudex vel alteruter ex litigatoribus morbo sontico impeditur jubet diem judici esse diffissum. L. 2 § 2 D. si quis caut. II, 11.

di giudicare, ma di profferire in favore del presente la sua sentenza (1); e questo sulla presunzione che la parte assente avesse rinunziato al suo diritto, o, per tacita confessione giustificata dalla sua assenza, avesse riconosciuto quello dell'avversario. Sicchè a rigor di legge, nessuna disamina era tenuto il giudice ad instituire sull'ammissibilità delle ragioni del presente, ma dovea solo pronunziare in suo favore : *secundum praesentem lis dabatur*.

Era il giudice che, per ragioni non giustificate, tralasciava di giudicare nel giorno stabilito? allora faceva sua la lite.

Se il pronunziar la sentenza è una necessità imposta al giudice, nondimeno egli può sciogliersene per mezzo del giuramento *sibi non liquere* (2); in tal caso il magistrato ordina la *judicis translatio*, rimette cioè il processo ad un altro giudice, innanzi al quale si compendiano i fatti, e bisogna ripetere le pruove.

Tavolta il procedimento si estingue senza che si profferisca dal giudice la sentenza, e ciò in taluni casi nei quali per sopravvenute circostanze, impossibile si rende il sentenziare; così nel caso, che le parti di attore e di convenuto, durante il giudizio, si fossero confuse in una sola persona a motivo di arrogazione o di successione; nel caso che in un *judicium rei uxoriae*, avesse avuto luogo la reintegrazione del matrimonio (3); nel caso che i contendenti stessi rinunziassero alla sentenza diffinitiva, senza aver riguardo ai motivi producenti questa rinunzia, come pagamento, patto ecc. (4). Oltre a ciò l'impossibilità della sentenza può nascere da ragioni processuali: così, per la legge *Julia* estinguevasi ogni *legitimum judicium*, trascorsi 18 mesi dal suo cominciamento; e tutti gli altri *iudicia imperio continentia* rimanevano strozzati col cessare dal suo ufficio il magistrato che accordava l'azione. Per questi modi di estinzione, si esprimono le fonti colle parole: *expirat, moritur, solvitur judicium*.

Durante il procedimento possono insorgere della difficoltà e delle quistioni, che gl'impediscono di andar direttamente al suo

(1) Post meridiem praesenti litem addicito. L. XII Tab. I, 8. Gell. XVII, 2.

(2) Cic. pro Cluent. Senec. Epist. 63, Gell. XIV, 2. Ascon: in Verr. III.

(3) L. 11. D. de judic. et ubi quisq. V, 1. L. 3 § 1 D. de agnos. XXV, 4. L. 19 D. solut. matr. XXV, 3.

(4) L. 16 D. de jud. et ubi quisq. V, 1. L. 21 de minor. IV, 4. L. 13 D. ad SC. Turp. XLVIII, 16.

termine: il giudice oralmente pronunzia su questi incidenti, emette delle speciali e provvisorie ordinanze, le quali per essere state occasionate nel mezzo della lite appellansi *interlocutiones*. Non bisogna queste confondere colla sentenza diffinitiva, o colla sentenza propriamente detta; esse oltrechè sono preparatorie della vera sentenza, grandemente se ne distinguono dal potere essere ad ogni momento revocate dal giudice; quando la sentenza una volta profferita diviene irrevocabile.

Se il giudice dovea, secondo ciò ch'egli individualmente sapeva, o *secundum ea quae agebantur*, giudicare; se egli potea, conosciuta la controversia, assumere le parti di comune amico e di conciliatore; se egli potea emettere delle interlocuzioni che facevano innanzi tempo per sicuri indizi presumere il risultato dell'ultima decisione; tutte queste e simile, eran questioni che agitavansi dai giureconsulti sotto la rubrica generale *de officio judicis* (1).

Premesso tutto ciò, passiamo alle condizioni richieste per la validità della sentenza. Innanzi tutto, perchè la sentenza sia valida, la decisione deve esser dal giudice presa dall'intimo del suo convincimento, e dopo di essersi chiuso coi suoi assistenti in consiglio *(ire in consilium)* (2). In un giudizio recuperatorio è indispensabile la presenza di tutti i *recuperatores* (3) dei quali decide la maggioranza dei voti (4); nel caso di parità, si preferisce l'opinione più favorevole, e quindi, in generale, l'assoluzione del reo; nel *liberale judicium*, la dichiarazione di libertà; nelle cause pecuniarie, l'opinione per la somma minima (5).

Altre condizioni per la validità della sentenza si riferiscono al suo contenuto e alla sua forma esterna. Rispetto al contenuto, la sentenza dovea originariamente cadere per indiretto sull'oggetto stesso della lite; in seguito, nella procedura formularia, sopra una somma de-

(1) Gell. XIV, 2.

(2) Quoties ad consultandum secederet, neque in comune quidquam neque propalam deliberabat, sed conscriptas ab unoquoque sententias tacitus ac segreto legens quid ipsi libuisset, perinde ac si pluribus idem videretur pronuntiabat. Svet. Ner. 15. Gell. XII, 13. Cic. pro Quinto 10, pro Cluent. 20, 27.

(3) LL. 37, 39. D. de re judic. XLVII, 1.

(4) L. 39 cit. L. agr. XVII, 38.

(5) L. 38 D. eod.

terminata o da determinarsi con un giudizio estimatorio, sopra una quantità incerta era invalida, tranne che non avesse avnto per obbietto una quantità anteriormente espressa. Nel nuovo diritto ritornò in vigore l'antico principio della sentenza sull'obbietto, ma direttamente. La sentenza dee in un modo assoluto corrispondere all'*intentio*; giacchè, se in questa si dichiara ciò che le parti vogliono, in quella il giudice solennemente dispone ciò che ad esse compete (1).

(1) In qual caso deve il giudice assolvere e in quale condannare? Si è sempre ritenuto il principio, che l'assolnzione o la condanna sono da pronunziarsi secondo che l'attore o il convenuto abbiano diritto, e che questo diritto essendo espresso nella *intentio*, la sentenza o la condanna allora sono da profferirsi dal giudice, quando trova fondate le pretese dell'attore esposte nella *intentio*; alcune eccezioni facevano risalire al tempo della sentenza, e non della contestazione il criterio che dovea guidare il giudicante. Il professore Windscheid (Lehrbuch des Pandecktenrechts, §§ 127, 128 e note corrispondenti) inverte l'ordine, inualza l'eccezione a principio e viceversa. Egli dice: è impossibile che il giudice pronunzii la sentenza al momento stesso che gli si presenta la lite: ei può avvenire che diritti fondati al principio del procedimento, a tempo della sentenza si troviuo già privi di ogni fondamento, e per l'opposto. Da ciò egli stabilisce: che il reo allora deve essere condannato, quando le pretensioni contro di lui avanzate hanno già un fondamento al tempo che si pronunzia la sentenza, per modo che mancando questo, deesi assolvere. Se poi le ragioni sono infondate al tempo della contestazione, ma lo sono al momento della sentenza, bisogna distinguere se è il fondamento essenziale del diritto che entra, oppure una condizione necessaria per la costituzione dello stesso; in quest'ultimo caso il reo è da condannarsi, nel secondo da assolversi, rinviando ad un nuovo procedimento l'attore.— Col dovuto rispetto al professore venerato in tutta la Germania, noi ci facciamo lecito di combattere questa dottrina, come contraria all'antico organismo del procedimento e alle autorità più incontrastabili delle fonti. Che il giudice non possa condannare o assolvere al momento stesso che gli si presenta la lite, non importa che la sentenza debba riferirsi a momento diverso; il principio si è, che il giudice dovrebbe profferire l'assoluzione e la condanna del reo, in quel punto stesso che i contendenti compariscono innanzi a lui; ma ciò non potendo per la necessità d'istituire le pruove e di verificare il diritto; il momento staccato e materiale del suo solenne pronunziato, dee riportarsi idealmente

L'assoluzione consiste in una compiuta liberazione del reo da qualsiasi ulteriore pretesa del suo avversario; questi in virtù

al momento stesso della contestazione; sicchè dei due tempi, contestazione e sentenza, in senso giuridico se ne formi un solo. Non è questo concetto una pura astrazione, bensì il risultato della dottrina delle fonti. I giureconsulti espressamente riportano gli effetti della sentenza tutti alla contestazione, e parlano di quella come se fosse pronunziata al tempo che fu ricevuto il giudizio: ut post acceptum judicium id actori praesteretur quod habiturus esset, si eo tempore quo petit, restituta esset hereditas (L. 40. D. de hered. pet, V, 3). Ut omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. (L.20. D. de rei vind. VI, 1), omne quod habiturus esset actor si litis contestandae tempore solutus fuisset (L. 31. D. de reb. cred. XII, 1), e la ragione chiaramente la troviamo enunciata in Gajo: quia judicii accipiendi tempore in ea causa fuit ut damnari debeat (IV, 114). Da qui le divergenze tra sabiniani e proculejani, che non mettevano già in dubbio il principio, bensì discutevano sull'applicazione da farsene.

E ciò in generale. Passando ora al fondo della questione, diciamo che la *litis contestatio* è il momento decidente cui deve riferirsi il giudice per sentenziare sull'esistenza e sull'estensione del diritto; ulteriori cangiamenti sia per produzione, sia per estinzione di diritto, per principio, non esercitano nessuna influenza sulla *pronuntiatio* del giudice, tranne alcune eccezioni.

Non può porsi in dubbio il principio per il tempo delle azioni della legge, e specialmente nella procedura sacramentale. Qui trattandosi di una scommessa sulla quale il giudice direttamente pronunziava, e che perdevasi dal soccumbente, è chiaro che bisognava conoscere e riportare il diritto sempre al momento della *contestatio*, ed esaminare, se il *sacramentum* era *justum* o *injustum* non secondo il criterio del punto della sentenza, bensì del punto della contestazione. Si ponga il caso citato da Gajo, che il debitore avesse soddisfato nell'intervallo della contestazione alla sentenza il suo debito, che cosa restava a fare al giudice? Secondo il criterio del Windscheid avrebbe dovuto assolvere il reo, e quindi condannare l'attore al *sacramentum*, ma ciò era impossibile, la giustizia o ingiustizia del *sacramentum* è un postulato dell'esistenza o inesistenza del diritto, e questo al momento della litis *contestatio* esisteva; il giudice dovea dunque per questo a rigore di diritto condannare il reo, quantunque si trovasse di aver già soddisfatto. Qual conclusione ne siegue, che ai primi tempi dello storico svolgimento del diritto rigorosamente e per necessità di procedimento, il criterio decidente era il punto della contestazione e non quello della sentenza. Nella *actiones de certa re, de certa pecunia,* per la *sponsio*

dell'assoluzione è respinto dal giudice, ma giammai condannato, di condanna è solamente capace il convenuto; salvo nei giudizî

dimidiae o *tertiae partis*, e nelle azioni *ex delicto*, fermo rimase per gran tempo il principio della *pronuniatio* in conformità della *litis contestatio*. La formula Pretoria che introduce il sistema formulario, evidentemente pruova la nostra tesi. Il pretore pronunziava già ipoteticamente e condizionatamente nella *intentio* espressa per la formula; sicchè era impossibile che il giudice avesse potuto al momento della sentenza tener conto del diritto nato posteriormente alla contestazione, giacchè il pronunziato pretorio riferivasi all'ipotesi di un diritto nato, non di un diritto nascituro, onde il giudice, per il *si paret condenna si non paret absolve*, era tenuto a riportarsi all'*intentio* espressa per la *litis contestatio*. Coll'introduzione dell'*actiones bonae fidei*, cominciossi a ventilare la questione riportataci da un frammento monco e pieno di lacune di Gajo, sul caso che *pendente judicio* il reo avesse soddisfatto il suo debito: le due scuole convennero in principio di doversi fare un'eccezione alla massima: *judicii accipiendi tempore damnari deberi*, dissentirono nella latitudine da accordarsi all'eccezione, giacchè i Proculeiani la vollero soltanto nelle *actiones in rem*, *bonae fidei* ed *arbitrariae*, Sabino e Cassio l'estesero anche alle *condictiones* e alle *actiones ex delicto*, e sotto questo punto di vista eccezionale bisogna intendere l'enunziato: *omnia judicia esse absolutoria* (Gaj IV, 114). Il Windscheid asserisce che se pure ai tempi di Gajo esistette il principio da noi sostenuto, pure esso sparì in seguito; e si appella al § 2 Inst. de perpt. et temp. act. IV, 12. Ma dal passo delle istituzioni non traspare per nulla aver voluto Giustiniano fondare il principio del professore Windscheid; che anzi interpetandolo in connessione con altri frammenti delle pandette, in esso più che il principio, si stabilisce l'eccezione, derimendosi la controversia in favore dei sabiniani. E per vero innu merevoli sono le autorità delle fonti del diritto giustinianeo, che apertamente contraddicono alla dottrina sostenuta dat Windscheid. Oltre ai testi sopra riportati, pei quali dai giureconsulti il punto della *pronuntiatio* fu sempre concepito in connessione col momento della *litis contestatio*, rimarchevoli sono i seguenti: « ultra id quod in judicium deductum est excedere potestas judicis non potest. L. 18 D. cumm. div. X, 3). Non potest videri in judicium venisse id quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est (L. 23 D. de judic. V. 1.). Solemus quidem dicere id venire in judicium de quo actum est inter litigantes, sed Celsus ait periculosum esse ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicet non venisse: Quid ergo? Melius est dicere, id venire iu judicium, non de quo actum est, ne veniret (L. 61 D. de judic. V. 1.). » L'importanza di que-

divisori nei quali la condanna può cadere su ambidue i contendenti, per la natura stessa dell'azione intentata e dei diritti che si voglion dichiarati.

La condanna e l'assoluzione nella procedura delle *legis actiones* allora direttamente avevan luogo quando trattavasi di una *certa pecunia* o di una *certa res*, chieste per altri modi processuali che stati non fossero quelli dell'*actio sacramenti*. In quest'ultima consisteva la sentenza in una semplice e pura dichiarazione del sacramento giusto o ingiusto, che implicitamente portava la *pronuntiatio* sulle ragioni giuste o ingiuste dei contendenti, cui seguiva, richiedendolo il bisogno un *arbitrium litis existimandae* risolventesi in una *pecuniaria condemnatio*.

Non ogni *pronuntiatio* aver potea per obbietto una condanna o un'assoluzione: nelle azioni pregiudiziali e nelle azioni *in rem* la sentenza racchiudeva una semplice dichiarazione dei rapporti del diritto dal giudice trovati nelle sue coscienziose ricerche (1).

st'ultimo frammento salta fuori, se si consideri, che appunto per non dar pretesto al reo di domandare l'assoluzione, Celso formula diversamente il principio da quello che era solito di annunziarsi. Il reo non può essere condannato se il contenuto della sentenza non sia venuto *in iudicium : ne condamneretur, hoc dicet non venisse;* se dunque il diritto non esiste al principio della *contestatio*, ma nasce in seguito del giudizio, il reo dee domandar l'assoluzione, perchè alla condanna mancherebbe il suo fondamento, l'attore dee promuovere un novello giudizio: *alia interpellatione opus est.* Splendido è il frammento di Pomponio sulla connessione della *contestatio* colla *sententia:* « ejus, qui ad exhidendum egit utroque tempore interfuisse oportere, rem ei restitui : hoc est, et quo lis contestatur et quo fit condemnatio, » il che approvano Ulpiano e Labeone (L. 7 § 7 D. ad exhib. X, 4). Solo in rapporto al possesso, al peculio, all'affitto e all'*actio comodati*, si fa eccezione al principio e pigliasi a norma il tempo in cui la sentenza si pronunzia (vedi Rudorff Römische Rechtsgesch: vol. 2, § 8 n. 13; Wetzell, System des ördent. Civilpr: § 14 not. 64). La dottrina del Windscheid sul diritto sopraveniente dopo la contestazione, se esso sia il fondamento essenziale delle pretensioni dell'attore e un'elemento necessario per fondarlo, e secondo questo il giudice o assolvere o condannare, questa dottrina è intieramente arbitraria e non ha verun riscontro nelle fonti.

(1) In questo caso concepivasi la sentenza in un modo impersonale, p. e. servum liberum, ingenium videri fundum, hereditatem actoris esse, testamentum iniustum, inofficiosum esse ecc.

A questa *pronuntiatio* tenea dietro l'*arbitrium de restituendo* e la condanna trovava nell' istanza di liquidazione il suo posto.

Per rispetto alla forma, la sentenza oralmente pronunziavasi dal giudice alla presenza di ambedue le parti, necessaria per la forza del giudicato (1). Non eran prescritte formule speciali, nè parole solenni; l' uso avea consacrato la parola *videri* (2) esprimente il convincimento del giudice, e corrispondente alla istruzione della formula: si *paret*, si non *paret*. Più tardi si ordinò la concezione della sentenza in iscritto, e la lettura all'udienza: *ex tabulis pronuntiare* (3); finalmente la relazione in iscritto fu resa obbligatoria *ex periculo pronuntiare* (4), le parti ne ricevevano allora una copia (5). La decisione orale avea semplice forza di *prejudicium* (6).

Colla pubblicazione della sentenza cessa il potere del giudice, l' esecuzione del suo pronunziato non è di sua competenza, semplice, privato cittadino, scelto dal volere delle parti, e concesso dal Magistrato, non può esercitare quegli atti che appartengono all' imperio. Lo svolgimento storico trova luogo nel capitolo dell'esecuzione. In virtù della sentenza la *res in judicium deducta* si converte *in res judicata;* in *exceptio rei judicatae*, l' *exceptio rei in judicium deductae.* Di ciò nel seguente paragrafo.

§ 2.

EFFETTI DELLA SENTENZA.

Col solenne pronunziato del giudice il procedimento raggiunge il suo scopo, e qual risultato di tutto il cammino processuale salta fuori la forza giuridica della sentenza, dei romani giureconsulti espressa col conosciuto molto di *res iudicata* (7). Appena il giu-

(1) Paul sent. V, 5ª, § 6. L. 47, D. de re jud. XLII, 1.
(2) L. 59 pr. D. eod. Cic. pro Tull. 12, Acad. II, 47.
(3) Senec. de Benef. III, 7. Svet. Claud. 15.
(4) Codic. Iust. VII, 44, 45. Cod. Theod. IV, 17, XI, 30.
(5) Symm. Epist. X, 48. Lyd. de Mag. III, 11.
(6) L. 40 Cod. Theod. de apparit. I, 36.
(7) Le voci di uso sono, *judicatum* (Cic. de invent. I, 30, 44 II, 22 54, Auct. ad Herr. II, 13) e *res iudicata* (Cic. Top. 5. Verr. II, 29. V, 6.

dice nelle forme e nei modi dalla legge voluti assolve o condanna, cessa dal suo ufficio, la sua parola contiene un verdetto irretrattabile, non monta se ha condannato in un più o in un meno, e il pentimento o il ravvedimento è tardi per correggere il suo errore (1) egli non ne ha più il potere.

La sentenza ha forza di verità sociale (2) e al pari di ogni vero non ammette modificazioni o cangiamenti di sorta, essa crea un diritto, dà luogo ad una legge tra le parti (3), contro cui un' ulteriore pronunziato sul medesimo subbietto e tra le stesse persone, romperebbe necessariamente allo scoglio di nullità (4). Qual vero sociale l' irreformabilità della sentenza connettesi al pubblico interesse (5); ed è quindi la società intiera impegnata a tutelarla, a provvedere che non se ne struggesse, in virtù di un secondo pronunziato, l'efficacia; pronunziato, il quale o porterebbe al primo risultato con grave danno degl'interessi della parte, o a un risultato contradicente a discapito della dignità della giustizia, della stabilità dei diritti, dell' ordine uniforme nelle decisioni. Per la qual cosa, a resistere alle molteplici difficoltà che possono opporsi all' efficacia del giudicato, dalle viscere stesse della sentenza diffinitiva si produce il mezzo di difese nell'eccezione della cosa giudicata (6).

Bis de eadem re agere non licet, qua de re actum est semel, de ea amplius agi non potest (7). Fu questo un antico pronunziato giuridico, che per la sua importanza, e per essere da varî scrittori,

Pro Cluent. 38.), quest' ultima più frequentemente per la decisione definitiva (L. 1, D. de re jud. eod.)

(1) LL. 55, 56 de re jud. eod.

(2) L. 207 de div. reg. Iur. L. 17.

(3) L. 3 pr. D. de agnos. lib. XXV, 3. L. 17 § 1 D. de inof. Test. V, 2.

(4) L. 9 C. de sent. VII.

(5) Publice interest, propter rerum judicatarum autoritatem. L. 65 § 2 D. ad SC. Treb. XXXVI; 1.

(6) Singulis controversis singulas actiones ununque judicati finem sufficere probabili ratione placuit; ne aliter modus litium multiplicatus, summam ac pene inextricabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiantur, parere ergo exceptionem rei judicatae frequens est, L. 6. D. except. rei jud. XLIV, 2.

(7) Ter. Phorm. II, 3. v 56 seg. Quint. Inst. 6. 1. Cic. Lael. 22, 35. Gai IV, 108. Donat. ad Ter And. III, 17. Julius Victor. III, 10.

così assolutamente, attribuito ad una disposizione della *legge*, probabilmente trovo la sua sanziono nelle XII Tavole. Per questo altro non si esprime che il divieto di un secondo procedimento giudiziario sopra la medesima cosa passata già in giudicato in virtù della sentenza diffinitiva; e come per conseguenza, la nullità di una seconda sentenza *contra rem judicatam* (1).

Stando in vigore le azioni della legge, questo precetto: *bis de eadem re ne sit actio* produceva *ipso jure* il suo effetto; un'azione dedotta in giudizio consumava per questo solo tutta la sua forza, essa estinguevasi nel tempo stesso che dava luogo ad un'altra obbligazione, ed impossibile era che si avesse potuto più riprodurre.

Introdotta col sistema formulario la distinzione dei giudizi, in *legitima* e in *imperio continentia*, si ritenne l'antica massima: *bis de eadem re ne sit actio*, per tutti i giudizi in tutte le azioni civili personali nel primo ordine racchiusi; nelle formule in *rem* e in *factum* prevalse il nuovo principio: *bis de eadem re agi potest.* Ad evitare però la riproduzione del novello procedimento si aprì la strada all'*exceptio rei in judicium deductae* e all'*exceptio rei judicatae* in forza di che paralizzavansi le forze della ritentata azione, quando per intrinseche condizioni non fosse stata inefficace. Le formule di queste due eccezioni le troviamo, l'una presso Tullio: *si non ea re in judicium ante venerit*; l'altra nelle fonti: *si ea res judicata non erit inter me et eum cui vendidisti* (2).

Questo effetto della cosa giudicata, a far sì, cioè, che un secondo giudizio contro la prima sentenza riesca impossibile, è una necessaria conseguenza della *consumptio actionis* avvenuta per la *litis contestatio.* Come puossi concepire il divieto di non intentare la stessa azione per due volte, se realmente questa non esistesse, e se per intiero esaurite non fossero le sue forze? L'azione è un diritto che dà al suo portatore, al pari di ogni altro diritto, la potestà di farlo valere quando meglio gli aggrada; una grande ingiustizia sarebbe il presumerne l'esistenza, e poi un'impedimento legale alla sua effettuazione; ci conviene quindi riconoscere una forza consuntiva di questo diritto per disconoscerne nel portatore la facoltà di un uso ulteriore, dopo che già per la pri-

(1) L. 1. pr. D. quae sent. XLIX, 8. L. 1, C. quand. provoc. VII, 64.
(2) Cic. de orat. I, 37. L. 9, § 2. D. de except. rei jud. XLIV, 2.

ma volta se ne avvalse per dare origine a una sentenza, a un'obbligazione novella sotto il nome di *obligatio judicati*. Questa forza, che distrugge e consuma l'azione, promana dalla *litis contestatio*. Non si tosto le parti contestano la lite, che il *dare oportere*, il diritto cioè originario cessa di esistere, si estingue, e da questa estinzione sorge come un'obbligazione novella, il *condemnari oportere*. Bisogna continuare il procedimento fino al suo risultato finale, o se si abbandona, bisogna rassegnarsi a non parlare più del diritto primitivo; un nuovo procedimento è assurdo, perchè gli manca la base, il *jus vindicandi in iudicio*. Colla sentenza la virtualità del *judicatum* racchiusa nella *contestatio*, per il pronunziato del giudice, si costituisce nel suo essere formale; ma a ciò intanto perviene in quanto le forze del *condemnari oportere* che racchiudevano il diritto ipotetico, si consumano col dar nascimento al diritto liquido e formale. Risulta da tutto ciò che l'azione una volta estinta per la consunzione processuale o *ipso jure* o per *exceptionem*, o direttamente o indirettamente, è impossibile che più risorga.

Dall'estinguersi dell'azione o dell'obbligazione originaria, dal prodursi come una novella obbligazione dalla virtù consumantesi della prima ne vien fuori il concetto della *novatio*, che a discernerla dalla consensuale fu dai giureconsulti appellata necessaria o giudiziaria (1).

Benchè gli effetti della *res judicata* immediatamente si connet-

(1) Il concetto della *novatio* operata per la sentenza, è stato affermato e niegato dagli scrittori del diritto, ed anche oggidì vi si contende sopra. Per noi è chiara la dottrina delle fonti a vantaggio della novazione nel senso che le abbiamo attribuito parlando degli effetti della contestazione della lite. (L. 11, § 1. D. de nov. XLVI, 2. L. 60. D. de fidei. XLVI, 1. L. 3, pr. C. de usur. rei jud. VII, 54). L'imperatore Giustiniano nomina sempre la transazione e la sentenza l'una accanto all'altra trattandole come se avessero identica natura, e colla stessa formula stereotipa, p. e. nisi jam supra bis transactum sit vel judicatam (L. 17, C. de fide instr. IV, 21). Si qui autem casus jam evenerunt et per judicialem sententiam vel amicalem transactionem sopiti sunt, nullam sentiat ex hac lege retractationem (L. ult. § 5. C. de legit. her. VI, 58). L'epiteto di giudiziaria data a questa specie di novazione accenna alla causa diversa che le sta a fondamento, e che la distingue dalla consensuale (L. 29. D. de novat. XLVI, 2).

tano alla sentenza, pur nondimeno, in virtù della *consumptio actionis*, essi si retrotraggono alla contestazione della lite, quasi la sentenza fosse stata pronunziata al momento stesso che le parti presentaronsi al magistrato.

La sentenza può essere condannatoria o assolutoria: nell'uno e nell'altro caso il reo trova contro l'attore il mezzo di difesa, qualora questi voglia più tardi ripetere l'azione; nè fa uso l'attore medesimo nel caso che dopo la condanna il convenuto voglia ritornare sulla controversia.

Discordi sono i pareri sulla funzione negativa e positiva della sentenza, consistente, la prima, nell'impedire a vantaggio del convenuto la riproduzione della stessa azione in virtù della forza consuntiva; la seconda, nel far valere qual mezzo giuridico il positivo risultato di una sentenza antecedente (1).

(1) La dottrina della funzione attiva e passiva, il merito della cui scoverta, secondo il Savigny, devesi al Koller, ha trovato negli ultimi tempi una forte opposizione nel Bekker (die Processual. Consumpt.), nel Dernburg (Heidelb. Bekker. Zeitschr. II, p. 347-89), nel Rodorff, (Röm. Rechtsgesch. II, § 78, not. 5. A difensori della medesima si son levati fra gli altri, il giovane ed emerito professore Paulo Krüger (Proces. Consumpt. und Rechtskraft des Erkenntnisses) e Bethmann-Hollweg nella sua opera classica per tutti i riguardi (Röm. Civilpr. II).

Il Bekker si sforza a dimostrare, che nessun frammento nelle fonti del diritto esiste, che accenni a questa dupplice funzione: non è da pensare, che se la distinzione fosse realmente esistita, i giureconsulti avessero voluta passarla in silenzio: la formula inoltre dell'eccezione è la stessa. L'Hollweg, a ragione però osserva, che colui il quale ha da Gajo appresa la funzione negativa di questa eccezione, leggendo i passi corrispondenti nelle Pandette non potrà sottrarsi al convincimento, che alcuni di essi riferisconsi agli effetti della *res judicata* indipendenti dal contenuto della sentenza in una più larga sfera resa efficace. No faceva mestieri di una diversa concezione di formula, l'antitesi da per se stessa bastevolmente accennando, che nel primo caso concorreva con lei l'*exceptio rei in judicium deductae*, mentre nel secondo stava da se sola. Però, dopo il deviamento di questa eccezione dal suo naturale significato, i compilatori delle Pandette ne fecero sparire ogni traccia, non pensando, che indispensabile era il conservare questa distinzione nel sistema del diritto che essi compilavano, e che per la non curanza della stessa, inintelligibili e inesplicabili rendevansi molti frammenti degli antichi giureconsulti.

A far valere l'eccezione della cosa giudicata, è mestieri dell'identità giuridica del nuovo processo con quello dal quale l'eccezione ha avuto origine. Per esprimere questa identità i romani servivansi di principî generali, che si possono nel seguente frammento di Giuliano compendiare: *exceptio rei judicatae obstat quotiens eadem quaestio, inter easdem personas revocatur* (1); identità di obbietto e identità di persona; onde in mancanza dell'una o dell'altra, il secondo procedimento è intieramente nuovo, ed è fuor di proposito la regola: *bis de eadem re ne sit actio.*

In ordine all'identità obbiettiva bisogna considerarla nell'obbietto stesso e nel fondamento dell'azione (2). Quanto all'obbietto, esso è determinante, così per l'individualità di ogni diritto, come per ogni azione, di modo che le azioni dirette sopra diverso obbietto non possono dirsi identiche. Pur tuttavia, non è l'identità dell'obbietto una condizione assoluta per l'identità dell'azione, ben di frequente potendo accadere che l'obbietto sia un elemento puramente accidentale, e il rapporto sia lo stesso, nonostante la diversa quantità e il diverso obbietto dimandato; come distinto sia il rapporto nonostante l'identità obbiettiva.

Se la nuova azione si dirige sopra una cosa contenuta come parte nell'obbietto sul quale venne profferita sentenza, per il principio che la parte si comprende nel tutto, non può esser posta in dubbio l'identità, e l'*exceptio rei judicatae* spiega tutta la sua efficacia quante volte col secondo giudizio si perseguita la parte del tutto giudicato. Per l'opposto vale il principio stesso, se la prima sentenza cadde sulla parte come parte, e con una seconda azione domandasi il tutto; giacchè la parte come tale non esiste nè da se nè per se, ma esiste per il tutto ed è una manifestazione del tutto; onde rifiutata la parte necessariamente rifiutasi il tutto, e quindi contro la dimanda di quest'ultimo vale l'eccezione del giudicato (3).

(1) L. 3 D. de excepit rei jud. XLIV, 2.

(2) Inspiciendum est an idem corpus sit, quantitasque eadem, et idem jus, et eadem causa petendi. LL. 12, 13, 14 pr. D. h. t.

(3) Si quis, cum totum petiisset partem petat, exceptio rei judicatae nocet, nam pars in toto est. Eadem enim res accipitur et si pars petatur ejus, quod totum petitum est, nec interest utrum in corpore hoc quaeratur, an in quantitate, vel in jure. L. 7 pr. D. eod. L. 21, § 12. L. 26, § 1. L. 3 pr. D. eod.

Non così quando la parte domandata può formare un tutto a se dopo la separazione dal tutto organico, e quindi puossi riguardare come una proprietà staccata dal concetto del primo proprietario (1). Che se gli obbietti delle due azioni lasciansi l'uno dall'altro separatamente pensare, allora non è più il caso a parlare d'identità e di cosa giudicata. Parimenti, se il giudice per giudicare della parte ha bisogno di dirigere le sue ricerche sopra il tutto, la sentenza non pregiudicherà, quando la parte non sia nel senso innanzi considerato, all' azione che si potrebbe far valere per il tutto, e altro effetto al più non produce che quello di un materiale di pruove che potrebbe all' uopo essere usufruito (2).

Rispetto al fondamento dell' azione, ei conviene presupporre che ogni azione poggia sopra un diritto, e nasce della violazione del medesimo; sicchè bisogna in ognuno tener d'occhio al fondamento attivo, *idem jus*, e al fondamento passivo, *causa petendi*, o come più specificatamente si espresse il giureconsulto Nerazio: *proxima causa petendi*. Il fondamento passivo nelle azioni *in rem* si distingue a prima giunta; giacchè consiste, non in una semplice omissione, bensì in una diretta violazione e offesa del diritto, e per quante volte questa ripetesi per tante volte si generano nuove azioni, sicchè si ottengono nuove *causae proximae actionis*, senza che intentando l'una possa farsi valere contro le altre il giudicato: p. e. nel diritto di deposito, puossi una volta intentare l' azione *de dolo defuncti*, e un'altra, *de dolo heredis*, senza che la prima abbia la virtù di consumare l' altra.

Più difficile riesce il determinare l' identità del fondamento attivo dell'azione.

(1) Sed in cementis et in tignis diversum est, nam is qui insulam petit, si cementa vel tigna vel quid aliud suum petat, in ea conditione est ut videatur aliud petere, etenim cujus insula est non utique et cementa sunt, denique ea quae juncta sunt aedibus alienis, separeta domus vindicare poterit. L. 7, § 2. eod. Rispetto ai frutti, e ai parti sopravvenienti dopo la contestazione, bisogna vedere, se furono compresi nella domanda, *in restitutionem venerunt*, oppur no, nel primo caso osta l'exceptio rei judicatae : a questa soluzione accennano le parole di Ulpiano, L. 7, §§ 1, 3, D. eod.

(2) L. 21, pr. D. eod. L. 46, § 5. D. de adm. Tut. XXVI, 7. LL. 1, 2. C. de jud. III, 1.

Questa nelle azioni *in rem* consiste nel diritto reale, nelle azioni in *personam* nasce dall'*obligatio*. La diversità fra questi due fondamenti è somma, quando si considera che il diritto reale non può che una sola volta esistere sopra una cosa, e quindi, nonostante la molteplicità dei fondamenti che danno origine al diritto, sopra una cosa non può esistere che una sola proprietà; per l'opposito, nelle azioni *in personam*, per rispetto all'obbietto possono esistere tante obbligazioni, quanti sono i diversi fondamenti del diritto; consequentemente, l'individualità dell'azione personale vien insieme coll'obbietto determinata per mezzo dei principî dai quali si origina; e a ciò serviva specialmente nella procedura formularia la *demonstratio* fatta e nelle azioni di buona fede e nella *condictio incerti*, del che non fu mestieri nelle azioni reali (1).

Da per se stesso s'intende, che per la violazione di diversi diritti da un sol fatto, nascono diverse azioni; così, la decisione sul possesso non fonda l'*exceptio judicati* contro la futura azione di proprietà; l'*actio confessoria de itinere*, non consuma quella *de actu* (2); la sentenza sull'azione di rivendica non impedisce l'*actio furtiva* (3). Però se in un sol rapporto di diritto generansi diverse azioni, stan tutte alla disposizione dell'attore, in quel modo stesso che nelle obbligazioni alternative la scelta dell'obbietto al creditore; l'una eletta, tutte le altre si paralizzano (4); così parlano le fonti sui rapporti dell'*actio tutelae* coll'*actio de rationibus distrahendis* (5), dell'*actio redhibitoria* coll'*actio quanti minoris* (6), della *rei vindicatio* coll'*actio negatoria* diretta contro il possessore dell'usufrutto (7).

(1) Nam qualecumque et undecumque dominium acquisitum habuit vindicatione prima in judicium deduxit. L. 11, § 2. D. de except. rei jud. XLIV, 2. Omnes causae una petitione apprahenduntur. L. 14. D. eod.

(2) L. 11 § 6 D. eod.

(3) L. 9 § 1 D. de furt. XLVII, 2.

(4) Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet. L. 4 § 1 D. de div. reg. juris. L, 17. Et generaliter, ut Iulianus definit, exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel *alio genere* judicii. L. 7 § 4 D. de except. rei iud. XLIV, 2.

(5) L. 1 § 21 D. de tut. et rat. distr. XXVII, 3.

(6) L. 25 § 1 D. except. rei jud. cit.

(7) L. 21 § 3, D. eod.

Tutto ciò in ordine all'identità obbiettiva; ma per la forza del giudicato bisogna ancora presupporre l'identità delle persone nel primo e nel secondo giudizio, cioè l'indentità subbiettiva. Per regola, la stessa questione non può essere ritentata dalle persone stesse che l'agitarono in un primo giudizio. Parlando dell'identità personale, non s'intende già della fisica, sibbene dell'identità presa sotto il punto giuridico, quindi della qualità in virtù della quale si sta in giudizio. Questo principio dell'identità non resta in modo veruno estraneo alla successione *per universitatem* dell'una o dall'altra parte, all'*adstipulatio* e all'*adpromissio*, alla rappresentanza e alla correalità.

Ei conviene osservare che la legge dell'identità obbiettiva non colpisce la *causa superveniens*, (1) e gli altri fondamenti del diritto; nelle azioni reali, salvi rimangono gli altri fondamenti quando la prima contestazione viene espressamente limitata ad un solo dei medesimi, *(causa expressa, adiecta, praedicta)* (2). Nella *liberalis causa*, in modo tutto eccezionale, la forza del giudicato per le leggi speciali è sospesa fin alla seconda ed anco alla terza *adjectio in libertatem* (3).

Indifferente alla duplice identità è poi il modo e la forma processuale; giacchè l'*exceptio rei judicatae* si oppone sempre efficacemente, sia che la stessa pretesa sia stata una volta presentata in forma di azione, e un'altra volta in forma di eccezione.

È un principio giuridico, che la forza del giudicato, nelle cause civili, non si svolge se non tra le persone le quali ebbero parte alla contestazione della lite; ai terzi non puossene derivare nè vantaggio nè pregiudizio di sorta: *nec inter alios res iudicata, alii prodesse aut nocere solet* (4). Questa è una conseguenza della legge dell'identità; nondimeno si ammette un'eccezione particolare rispetto al singolare successore, e che trova più special-

(1) L. 11 § § 4, 5. L. 25 pr. D. eod.

(2) L. 11 § 2. L. 14 § 2 D. eod.

(3) Quinct. V, 2, XI, 1, 78. Cic. pro dom. 29.

(4) Res inter alios judicatae, neque emolumentum afferre his qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare. L. 2 C. quib. res jud. VII, 56. L. 16 D. qui pot. in pegn. XX, 4. L. 63 D. de re jud. XLII, 2. L. 10 D. de except. XLIV, 1. LL. 3. 7 § 4. LL. 22, 29 D. de except. rei jud. XLIV, 2.

mente la sua applicazione nelle azioni *in rem;* parimente, per l'indivisibilità del diritto, rispetto a tutte quelle persone che non figurarono nell'istanza sulla quale si pronunziò la sentenza definitiva. Si ammette un'eccezione universale, per la quale il *jus* e il *praejudicium inter partes* si converte *in jus* e *praejudicium inter omnes*, nella *pronuntiatio* sopra lo *status libertatis*, *paternitatis*, *familiae*, nella *quaerela inofficiosi testamenti*, e sulla validità del medesimo.

Oltre alla *consumptio actionis*, o agli effetti positivi derivanti dalla cosa giudicata, un'altro effetto tutto a favore dell'attore si genera nel caso di una sentenza condannatoria, cioè, l'*actio judicati*. L'*actio judicati* è il modo ordinario, ma non esclusivo, per far valere la sentenza pronunziata a favore dell'attore. Appena il giudice pronunzia il suo verdetto, che all'attore nasce il diritto all'adempimento del giudicato da parte del reo, *judicatum solvi oportere*, e questo diritto estrinseca per l'*actio judicati* la sua forza.

Quest'azione era nei *judicia legitima in personam*, concepita coll'*intentio civilis* senza l'imitazione di tempo; nei *judicia imperio continentia* e nei *legitima in rem*, era concepita *in factum*, e la sua durata era quella del magistrato che le concedeva, cessato il quale, non rimaneva che l'*exceptio rei iudicatae*. A tempo delle azioni della legge il reo era tenuto a dare un vindice, per l'esecuzione del giudicato; più tardi, la *satisdatio* del *judicatum solvi* (1); in ogni caso, si veniva, senz'altro, all'esecuzione (2).

Nelle sentenze che hanno un'omissione, un non *facere* per obbietto, l'azione del giudicato si ha come nata, si tosto che il reo imprende un fatto che violi la legge di quell'inerzia alla quale è condannato; in tutte le altre nelle quali viene in esecuzione un *dare* o un *facere*, l'azione, o meglio il diritto all'esecuzione, nasce al momento stesso della *pronuntiatio*, salvo che la natura e la qualità del diritto da soddisfarsi non porti seco la condizione di un termine. Fin dai tempi più remoti sembrò rigoroso e assai ingiusto, il non lasciare al reo un termine entro al quale avesse potuto sciogliere il suo debito, e procurarsene all'uopo i mezzi, pria di procedersi contro di lui colla forza materiale accordata dalla legge. Le XII Tavole consentirono trenta

(1) Gai. IV, 25, 102.
(2) Gai III, 78.

giorni al debitore, *triginta dies justi sunto* (1), il qual tempo si disse *tempus legitimum* dai giureconsulti (2), e si mantenne sempre fin dopo Gajo (3), senza che avesse potuto in modo veruno essere accorciato (4). Fu questo termine protratto in seguito a due mesi (5), e a un quatrimestre da Giustiniano (6). Si lasciò nonpertanto all' arbitrio del giudice il prolungarlo o il diminuirlo, e per talune azioni era da lui *in antecedens* determinato nelle sue valutazioni.

CAPO IV.

Mezzi legali contro il giudicato.

Ordinariamente i giudici e i tribunali decidevano indipendentemente l'uno dall' altro le controversie: ogni differenza tra loro non in altro consisteva che in una maggiore o minore zona territoriale soggetta alla giurisdizione dei Magistrati diversi.

Il Magistrato municipale possedeva tanta giurisdizione nel suo municipio, quanta il Governatore nei confini della sua provincia e il Pretore su tutti i cittadini dello stato. Da questa indipendenza di un magistrato dall' altro, impossibile era il concetto di una subordinazione delle istanze giudiziarie e di una revisione e riformazione delle sentenze. L' unica difesa contro l' iniquità e l'errore del giudice (7) era la *intercessio*, il rimedio straordinario della *in integrum restitutio*, e la querela di nullità.

Fu coll' Impero che si costituì una gerarchia giudiziaria in rapporto alla subordinazione delle istanze e alla riforma delle sentenze; a somiglianza della *intercessio* sviluppossi il concetto dell'*appellatio* propriamente detta; la quale se lasciò, da un lato sussistere i mezzi straordinari, non si dee, dall'altro, confondere con

(1) Gell. XV, 13, XX, 1. L. 7. D. de re jud. XLII, 1.
(2) L. 4 § 5 D. eod.
(3) Gaj. III, 78.
(4) L. 4 § 5 D. cit.
(5) L. 1. pr. C. Th. de usur. rei, jud, IV, 19. L. 3 § 1. C. eod tit. VII, 54.
(6) L. 2, 3. C. eod.
(7) L. 17. D. de min. IV, 4.

questi, ne farne derivare l'origine della *intercessio* (1). La *supplicatio* fu l'ultimo rimedio ordinario di diritto. Di tutti questi mezzi si tiene quì discorso, ad eccezione della *in integrum restitutio* che trova il suo posto convenevole nell'ultima parte, tra le procedure speciali.

§ 1.

INTERCESSIO.

Secondo l'antico diritto latino dell'*intercessio* presso un magistrato *paris minorisve potestatis* (2), in Roma fin dai primi tempi repubblicani fu in vigore il diritto dell'*appellatio collegarum* a mezzo dell'*intercessio*. Quando una delle parti si reputava lesa da un decreto e da un'ordinanza del magistrato, non escluse le ipotetiche dichiarazioni del diritto rilasciate da costui nella formula, potevasi rivolgere a un'altro di uguale o superior potestà (3), e più frequentemente al Tribuno (4), perchè all'esecuzione opponesse il suo veto, o colla sua potestà impedisse il cammino a un procedimento già iniziato. Questo soccorso, abbastantemente limitato e ristretto a casi speciali e di un carattere tutto negativo, si appellava *auxilium*. I Tribuni ascoltavano innanzi tutto le parti (5), prendevano in seguito una risoluzione (*decretum*) (6), nella quale rifiutavano o concedevano in modo assoluto o condizionato il loro soccorso.

(1) Rudorff, II, 85, n. 9.

(2) Duoviri inter se et cum aliquis alterutrum eorum aut utrumque, ab Aedile Aedilibus, aut Quaestore Quaestoribus appellabit, item Aedilibus inter se, (Item Quaestoribus inter se) intercedendi in triduo proxumo quam appellatio facta erit poteritque intercedi, quod eius adversus hanc legem non fiat, et dum ne amplius quam semel quisque eorum in eadem re appelletur, ius potestasque esto. Neque quis adversus ea quid quom intercessum erit facito. Lex Flav. Salpen. 27.

(3) Così parlasi dell'*intercessio* del Console e del Pretore contro i loro colleghi. Cic. Verr. I, 47. Caes. b. g. III, 20. Liv. II, 18, 27, III, 36. Val. Max. VII, 6.

(4) Rudorff, II, 85, n. 5. 6. Keller, n. 987.

(5) Cic. pro Quinct., Verr. II, 41.

(6) Cic. Verr. cit. Gell. VII, 19. Liv. VII, 58. Valer. Max. VII, 1.

Il veto dell'un magistrato toglieva ogni efficacia al promesso aiuto dell'altro; era però assai difettoso, tanto per il carattere esclusivamente negativo, quanto perchè riferivasi al reo solamente, non già all'attore. Inoltre il veto magistrale non investendo di fronte la sentenza, ma il decreto del magistrato che ne concedeva l'esecuzione, quella, se restava sospesa, non consumava le sue forze; per guisa che colla carriera annuale del magistrato perdeva il veto la sua efficacia, e la sentenza potea rientrare nel cammino esecutivo, salvo che non avesse il nuovo tribuno rinnovato il divieto del suo antecessore.

Nelle provincie non essendovi stato che un solo magistrato superiore, il Proconsole, cioè, e il Pretore, non potea l'intercessione aver luogo contro le decisioni di costoro; non così contro quelle dei magistrati inferiori o municipali.

§ 2.

QUERELA DI NULLITA'.

Un giudicato che manca di uno dei requisiti che tale lo costituiscono, non ha che la larva ma non la realtà di una sentenza, questa non esiste; (1) il prevalersi dunque della nullità della sentenza non è un impugnarla, bensì, un difendersi contro le apparenze a scapito della realtà di un giudicato.

I vizî che attaccano di nullità una sentenza possono riferirsi alla persona dei contendenti, alla persona del magistrato, alle forme processuali, al contenuto stesso della sentenza.

La sentenza è nulla *ex persona litigantium* quando uno di essi è morto al momento che la sentenza si profferisce; o è assente senza potersi contro di colui osservare la procedura contumaciale: o non è pienamente capace di diritto e di stare da per se stesso in giudizio (2).

Ex persona magistratus è nulla la sentenza, allorchè il giudi-

(1) L. 4 § 6 D de re judic. XLII, 1.

(2) L. 59 § 3 D. de re jud. eod. L. 1 § 3 D. quae sent. XLIX, 1. L. 10 D. de diversis reg. iur. L. 17. L. 9 D. de re jud. cit. L. 44 § 1 D. de judic. V. 1.

cante, sia come magistrato propriamente detto, sia come giudice, manca di quel potere indispensabile per la validità dei giudizi; così p. e. se il *magistratus* è incompetente, o per la natura della lite o a cagione del domicilio delle parti; se egli stesso giudica di una controversia di cui è tenuto farne a un giudice il rinvio (1); parimenti ancora se il giudice è una persona incapace; o eccede i limiti del mandato; o giudica da se solo quando la causa è rinviata a un collegio o a più persone, che insieme hanno a pigliar l'ultimo consiglio sulla controversia (2); per questi e simili motivi la sentenza pecca *ex persona magistratus* di nullità.

Necessario requisito è ancora la forma del procedimento nell'essenziali sue determinazioni; quindi è nulla la sentenza, quando p. e. una parte non è stata udita nell'istruzione del processo, senza che potesse opporsi la contumacia; quando la sentenza non fu recitata; o non affatto pronunziata; o non ben determinata sopra una data somma (3).

Finalmente la sentenza è nulla quando direttamente si oppone a una disposizione di legge o a un'antecedente giudicato; o quando comanda una cosa impossibile a esigersi o a prestarsi (4) ecc.

Per far valere la nullità della sentenza bastava niegare l'*actio judicati*. Tutte volte che l'attore presentavasi per l'esecuzione dell'*obligatio judicati*, il reo opponeva la inesistenza del giudicato, *judicatum non esse*; se egli colle pruove perveniva a dimostrare la sua asserzione, o se l'attore non contrastavala; si niegava dal magistrato l'*actio judicati* (5); in caso contrario, ordinava un secondo giudizio per il quale era da ricercarsi: *an judicatum sit necne* (6). Quando sulle questioni di fatto conveniva istituire delle indagini, in questo caso il reo era tenuto alla *satisdatio judicatum solvi* e alla pena del doppio. Anche l'attore potea opporre la nullità della

(1) Paul sent. V 5a § 2. L. 4 C. de sent. VII, 45.

(2) L. 3. D. de offic. praet. I, 14. L. 1 § 2 D. quae sent. sine appel. XLIX, 1. L. 12 § 2. D. de jud. V, 1. L. 39 D. de re jud. XLII, 1.

(3) Paul sent. Va 5 § 6. L. 1 § 3 D. quae sent. cit. L. 1 § 1 D. de feriis II, 12. L. 1 C. de sent. ex peric. VII, 44. L. 4, § § 5, 6. L. 5 § 1 D. De re iud. cit.

(4) L. 19 D. de appel. XLIX, 1. L. 1 § 3 D. quae sent. cit. L. 3 eod. L. 1 C. quando prov. VII, 41.

(5) L. 75 D. de judic. V. 1.

(6) L. 1 D. quae sent. cit.

sentenza, contro l'*exceptio rei judicatae;* quante volte in un novello giudizio questi avesse messo in campo la *eadem quaestio*, cui avesse il reo apposta l'*exceptio*, in tal caso aprivasi anche un nuovo giudizio per la ricerca *utrum judicatum sit necne.*

Un mezzo aggressivo della sentenza per causa di nullità ai primi tempi fu la *in duplum revocatio*, fatta forse per mezzo di una *sponsio* (1). Sulla in *duplum revocatio*, non esistono che pochi frammenti della legislazione antegiustinianea, i quali nulla ci fan conoscere intorno la natura di questo mezzo; il poco che ce ne dicono è tutto accessorio, cioè che i contumaci e gl'*in jure confessi* non potevano godere della *in duplum revocatio*; che questa ubbidiva alle leggi della prescrizione di venti o di trenta anni; e che coloro che l' usavano correvano il pericolo del doppio dell' obbietto, della sentenza di cui chiedevasi la nullità (2). Tra le diverse ipotesi che diligentemente abbiam voluto studiare, sulla natura di questo mezzo ci sia permesso di caldeggiare la seguente dell'Hollweg. Siccome potea avvenire che un debito fosse stato soddisfatto a uno che non era il vero creditore, così potea anche benissimo succedere che in virtù della sentenza il debitore fosse stato condannato a soddisfare ad uno ch'egli al tempo della contestazione della lite e del pagamento riteneva per suo vero creditore, quando in realtà non lo era. Per il pagamento non dovuto, o fatto a persona che non poteva avervi diritto esisteva la *condictio indebiti;* ma questa era inestensibile al caso in cui il pagamento fosse stato fatto in forza di sentenza, perchè vi si opponeva l' *auctoritas rei judicatae.* Però sarebbe stato contro ogni norma di giustizia, che un presunto creditore si fosse arricchito a pregiudizio di un supposto debitore; non potendosi intentare la *condictio indebiti* creossi un mezzo tutto proprio ed eccezionale. Quindi siccome il condannato pria della esecuzione della sentenza dovea *satisdare* e correre il pericolo del doppio, qualora rifiutavasi al pagamento coll'allegare la nullità della sentenza; così dopo la sentenza, correndo il rischio stesso del doppio, potea domandare la restituzione del giudicato soddisfatto, sulla base della

(1) Keller, röm Civilpr. § 82 n. 983; Rudorff, röm Rechtsgesch. II § 86; Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. § 118; Walter, Gesch. des röm. Rechts. § 763.

(2) Paul. sent. V. 5a § 8. L. 1 C. Greg. X, 1. Cic. pro Flacco 21.

nullità della sentenza; laonde, egli aggrediva la sentenza e dalla dichiarazione di nullità di questa otteneva il già ingiustamente soddisfatto (1).

(1) Quest' opinione dell'Hollweg è in tal qual modo la dottrina del dottor Meyer (Zeitschr. für Rechtsgesch. II, band. S. 311-18); anzi dalla breve monografia di costui nella quale si fa ad oppugnare l' opinione prima sostenuta dall' Hollweg nell' Handbuch des Civilpr. I. hand. § 35, questi modificò il suo giudizio: colla differenza che il Meyer ammette la *in duplum revocatio*, come semplice penale, non facendo distinzione veruna tra *in duplum revocare, in duplum ire, crescere in duplum*, lasciando all' *actio de rei vindicatione* l' ufficio di aggredire la sentenza dopo il pagamento; l' Hollweg per l' opposto riguarda, come proprio mezzo aggressivo la *in duplum revocatio*. Il Meyer giustifica coll' interpretazione del passo di Cicerone il suo opinare, il qual passo da noi citato e il seguente: premesso che un tale Ermenippo avea contro un tale Eraclide intentata l' *actio depensi*, Cicerone dice: « Itaque recuperatores contra istum (Heraclidem) rem minime dubiam prima actione judicaverunt, cum judicatuš non faceret, addictus Hermenippo et ab eo ductus est. Atque is ab Hermenippo missus cum ei pauca mancipia vendidisset, Romam se contulit; deinde in Asiam rediit, cum jam *frater meus* Flacco successisset, ad quem adiit causamque ita detulit: recuperatores vi Flacco coactos et metu falsum invitos judicavisse. Frater meus pro sua aequitate prudentiaque decrevit *ut si judicatum negaret in duplum iret*, si metu coactos diceret haberet eosdem recuperatores. Recusavit, et quasi nihil esset actum, nihil judicatum ab Hermippo ibidem mancipia quae ipse ci vendiderat, petere caepit. Marcus Gratidius Legatus ad quem est aditum actionem se daturam negavit, re judicata stari ostendit placet. (Cic, pro Flac. 20, 21). Si tratta dunque che Eraclide fu condannato al pagamento di una somma ad Ermenippo, non avendo danaro da soddisfare e per difendere la sua libertà, conseguò al vincitore alcuni suoi schiavi, a patto che il prezzo della vendita dovea esser compensato col debito, Si pente di quest' operato: trovandosi in Asia, presentasi a Flacco fratello di Cicerone propretore, niegando l' esistenza del giudicato perche i giudici aveano condannato sotto la pressione del timore. Flacco rispose che se Eraclide niegava il giudicato, *in duplum iret*, se diceva che i recuparatori furon violentati avrebbe avuto gli stessi giudici. Non rimase soddisfatto, si presentò ad un' altro magistrato che niegossi di conceedere l'azione petitoria. Qui il caso dell' oppugnazione della sentenza dopo la soddisfazione della medesima sarebbe il fondamento; ma con qual mezzo la sentenza viene oppugnata? Il fratello di Cecerone mette nel bivio Eraclide o di avvalersi della *in duplum revocatio*,

§ 3.

APPELLATIO.

Qual conseguenza dei profondi cangiamenti arrecati nella romana costituzione per opera di Augusto, cangiamenti che i diversi e autonomi poteri della Repubblica, insieme alla tribunicia e proconsulare potestà accentravano nelle mani di un solo, fu nell' ordine giudiziario in nuovo istituto dell' appello. L'Imperatore capo supremo del politico e militare ordinamento della Repubblica, era per necessità centro di tutta la giurisdizione, e come tale possedeva il diritto di rescindere non solo, ma di modificare, riformare e di bel nuovo profferire sentenza sopra una lite già da un magistrato decisa, sostituendo così la sua decisione al pronunziato di quello. Le basi di questo novello istituto, per il quale

o di far annullare la sentenza pel timore e la violenza subita dai giudicanti nel pronunziarla. Eraclide non vuol battere nessuna di queste due vie legali e uniche per giungere al suo intento nel caso avesse avuto ragione; vuol piuttosto tergiversare e intentare l'azione petitoria, *petere coepit*, che nessuna legge processuale gli consente, e che necessariamente il magistrato Gratidio gli rifiuta. Ma questo rifiuto è in conseguenza dell'esistenza della *res judicata* dichiarata da Gratidio, o un fatto indipendente, per modo che anche non fosse la *res iudicata* esistita, *l'actio de rei vindicatione* non si avesse potuto intentare? Noi siamo di quest'ultimo parere. Gratidio fece due cose: niegò cioè l'azione petitoria, e dichiarò l'esistenza del giudicato; per modo che ad Eraclide chiuse quelle maglie che gli avea lasciate aperte il fratello di Cicerone. Tullio parla della *in duplum revocatio* non come semplice penale, ma come mezzo aggressivo del giudicato, al pari che mezzo aggressivo sarebbe l'altro del timore incusso ai giudicanti: è altresì evidente che quest'azione dovea esser diretta non sulla cosa che volevasi restituita, bensì *sopra il giudicato, ut si judicatum negaret, in duplum iret;* la niegazione o l'oppugnamento del giudicato esser dovea lo scopo immediato dell'azione, domandiamo al Meyer se quest' azione può esser la *rei vindicatio*. Bisogna che ci fosse stata dunque un'azione apposita, eccezionale, e che sia intieramente sparita negli ultimi tempi della repubblica. Quest'azione era la *Revocatio judicati* (si judicatum negaret) per la quale correvasi il rischio del doppio (in duplum iret).

da un magistrato di ordine superiore si riforma la sentenza di un magistrato inferiore, furon gittate dalla legge *Julia judiciaria*, che mise in certo modo in vigore l'antica giurisdizione reggia. Il tempo recovvi sopra a poco a poco le sue modificazioni, e la giurisprudenza il lavoro di perfezionamento.

Il primo ricorso dunque in appello, trovò luogo presso il Principe. Gli appelli però moltiplicandosi, era pur mestieri che da questi si fosse ad altri delegato il potere di accoglierli e profforire nuove decisioni, e Augusto lo affidò ad un *Praefectus urbis* per Roma, a un *Consularis* residente in questa per le provincie, non che al Prefetto della città (1). Allato all'Imperatore stava con simil potere giudiziario anche il Senato dalle cui decisioni interclusa era la via dell'appello. Non tardossi molto ad essere i ricorsi dal giudice portati innanzi al Magistrato committente (2); sicchè ai classici tempi del diritto, il cammino dell'istanza giudiziaria era il seguente: dal giudice al magistrato; dal magistrato municipale al Pretore in Roma o al Governatore provinciale; da questi ai giudici di appello delegati da Cesare; e da questi delegati all'Imperatore (3).

Dopo le riforme di Costantino, in Roma e in Costantinopoli l'ordine delle appellazioni fu il seguente: in occidente, da tutti i magistrati di Roma al Prefetto della città; dai magistrati municipali ai difensori e ai governatori; da questi al Prefetto della città, *vice sacra*, col quale limitatamente concorreva il Vicario della città: in oriente, dal Prefetto della città all'Imperatore, o ai prefetti, *vice sacra;* nel resto delle provincie dal Governatore al Prefetto del pretorio o al Vicario della Diocesi, e secondo la situazione delle provincie, ai Proconsoli o ai *Comites* di oriente, ai Prefetti dell'Egitto; da tutti questi all'Imperatore (4). Un cangiamento fu arrecato da Teodosio Secondo, il quale addossò ad una commissione, composta dal Prefetto pretorio di oriente ed al Questore del sacro palazzo, gli appelli che dai *judices spectabiles* solevano essere presentati a lui (5).

(1) Svet. Oct. 33. Cal. 16. Ner. 17. Tac. XIV, 28. Dio Cass. LII, 21, 33.

(2) L. 1 pr. L. 3° D. quis a quo appel. XLIX, 3. L. 1 § 3, L. 21 § 1. D. de appel. XLIX, 1.

(3) Vedi, Rudorff, Röm. Rechtgesch. II. § 85; Walter, Gesch. des röm-Rechts, § 759. Keller, Röm. Civilpr. not. 995.

(4) Vedi Walter § 760.

(5) Praecipimus ex appellationibus spectabilium judicum qua per con-

Il gravame in appello non solo è consentito per gli affari criminali e civili; bensì ancora negli amministrativi (1), nelle cose non litigiose, contro la nomina ai *munera pubblica*, e contro i decreti concernenti l'amministrazione dei beni pupillari (2).

Nelle cause civili l'appello promuovesi per oppugnar la sentenza sia del magistrato, sia del giudice delegato, non che qualche volta, contro le *interlocutiones* e le decisioni prese durante il procedimento (3). Una disposizione del Codice Teodosiano, sotto pena di una considerevole somma, vietò, ad eccezione di determinati casi, l'appello contro quest' ultime (4), e Giustiniano sotto pena di cinquanta libre di argento proibì qualsiasi gravame in appello pria della sentenza (5).

Non è ammesso appello contro i provvedimenti puramente esecutivi *(ex edicto perpetuo)* e che non recano pregiudizio di sorta, o che non soffrono indugio (6); sopra le sentenze fondate sulla confessione o il giuramento delle parti (7), o pronunziate in con-

sultationes nostri nominis implorant, non nostram ulterius audientiam expectari — sed si a proconsulibus vel Augustali vel comite orientis vel vicariis fuerit appellatum, virum illustrem Praefectum praetorio qui in nostro est comitatu, virum etiam illustrem quaestorem nostri palatii, sacris judiciis praesidentes disceptationes jubemus arripere, eo ordine, ea observatione, iisdem temporibus quibus caeterae quoque lites fatali die post appellationem in sacris auditoriis terminantur. L. 32 C. de appell. et consult. VII, 62.

(1) LL. 12, 21 § 2 D. de appell. XLIX, 1. L. 1 § 1 D. quando appell. XLIX, 4.

(2) L. 7, § 2 D. de minor. IV, 4.

(3) L. 2 D. de appell. recipiendis XLIX, 5.

(4) Nullum audiri procuratorem ante diffinitivam sententiam volumus, si tamen in judicio competenti fuerit inchoatam, salva scilicet juris antiqui moderatione, atque sententia, cum vel exceptio opponitur, vel ad agendum locus poscitur, vel dilatio instrumentorum causa aut testium postulatur, atque haec impatientia vel iniquitate judicum denegatur, L. 18 C. Th. quor. appell. XI, 36. L. 23, 37 eod.

(5) L. 16 C. de sentent. et int. VIII, 45. L. 16 C. Dde judic. III, 1. LL. 5 7 C. quor. appel. VII, 65.

(6) L. 7 § 1. L. 1 § 2. L. 37 pr. D. de appell. recip. XLIV, 5. Paul. sent. IV 6 § 3. V. 35 § 2.

(7) Paul. sent. V. 32 § 2, V. 35 § 2. L. 12 § 1 C. de reb. cred. IV, 1.

tumacia (1); contro le sentenze prima o dopo la decisione delle quali siasi espressamente rinunziato a questo mezzo (2); secondo il codice teodosiano, furono esclusi dall'appello gl'*interdicta quorum bonorum* e *unde vi* (3). Contro i processi fiscali il divieto dell'appello fu limitato a quelle pretensioni del fisco che erano apertamente incontrastabili (4). Già s'intende, che inappellabili erano le sentenze pronunziate dal giudice supremo, dall'Imperatore, da un delegato con quest'attribuzione dell'inappellabilità.

Non fu nell'antico diritto sconosciuta la terza provocazione; nel codice giustinianeo si riconobbe solo la seconda (5); però si vietò sempre l'appello *per saltum*, (6).

Nelle provocazioni all'Imperatore domandossi da principio una *summa appellabilis* (7), che cadde poscia in disuso (8).

Contro all'abuso di questo mezzo, oltre alle limitazioni che sempre andavansi facendo dagl'Imperatori dei casi nei quali era lecito il provocare a un giudice superiore; fin dal principio, si comminarono delle pene, che in seguito toccano il sommo della severità tanto da confinare colla barbarie; così, l'appellante che soccombeva era condannato al risarcimento delle spese di procedura verso il suo avversario e al pagamento del terzo del valore dell'obbietto conteso; Costantino, fanatico zelatore della giustizia, decretò la pena di due anni di relegazione e la confisca della metà dei beni contro un ricco appellante; e contro un povero, due anni di lavori alle miniere; Giustiniano mitigò questi estremi rigori lasciando all'arbitrio e all'apprezzamento del giudice l'infliggere quella pena, che avrebbe più opportuna stimata secondo il valore della lite (9).

Il diritto di appellare compete non solo alle parti, ma ancora

(1) Paul. sent. V 5 § 7, L. 23 § 3 D. de appellat. eod.

(2) L. 1 § 2 D. a quibus XLIV, 2.

(3) L. 22 C. Th. quor. appell. XI, 36. Symm. Ep. X, 48, 53.

(4) LL. 18, 19, 21, 30, 32 C. Th. cit.

(5) L. unic. C. ne Liceat in una ead. caus. VII, 70.

(6) L. 21 pr. § 1 D. de appell. cit.

(7) L. 10 § 1 D. de appellat. cit. Novel. valent. III, tit. 34, de Episc. Jud. § 18.

(8) LL. 20, 27 C. de appell. VII, 62; un'eccezione. Nov. 23 cap. 3.

(9) Paul. sent. V, 33. 37. L. 3 C. Th. de off. Pract. 1, 5. L. 6 § 5 C. de appell. VII, 62.

ad ogni terzo e a chiunque abbiavi interesse; anzi i procuratori e i difensori che ricevettero una sentenza sfavorevole in prima istanza non solo possono, ma sono tenuti a provocare. L'appello di un consorte della lite, (*si una eademque causa unus appellaverit*), giova a tutti gli altri. In una causa non contumaciale il diritto alla provocazione puossi esercitare *altera parte absente;* nel caso stessero tutti e due i contendenti a provocare, ritiensi per appellante propriamente detto colui ch'è stato il primo a promuovere la seconda istanza, *qui appellat prior agit* (1).

L'interposizione dell'appello si fa o per un'orale dichiarazione *ad acta* innanzi al giudice nel momento che pronunzia la sentenza; o per una dichiarazione in iscritto, consegnata al giudice fra due giorni dalla sentenza se trattasi del proprio, fra tre, se dell'altrui interesse (2); questi termini si protrassero a cinque, e poscia in una Novella a dieci giorni (3). La dichiarazione (*libellum appellatorium*) ha da contenere il nome dell'appellante, dell'avversario, la sentenza o decreto (4).

Gli effetti della provocazione sono sospensivi del potere del giudice nell'appello contro un'*interlocutio*; nell'appello contro una sentenza gli effetti di questa restano paralizzati, conservasi lo *statu quo* delle cose (5), ad eccezione più tardi dell'interdetto *unde vi* (6).

Al giudice inferiore non è lecito di rifiutarsi a ricevere l'appello, quando non sia apertamente illegale (7). Il diniego dell'appello da parte del giudice esser dee motivato in iscritto, di cui copia ha da rilasciarsi all'appellante (8); questi può ricorrere al giu-

(1) L. 1 pr. D. de appell. XLIX, 5. L. 2 § 2 D. quando appell. XLIX, 4, L. 31 § 2 D. de negot. gest. III, 5. Codice si unus ex plur. VII, 68. L. 81 D. ad SC. Treb. XXXVI, 1. L. 5 § 4 C. de temp. appel. VII, 63.

(2) L. 2 D. de appell. eod. L. 1 § 4, LL. 3, 5 § 4 D. eod. L. 1 §§ 5-15. D. quando appell. XLIX, 4.

(3) L. Rom. Burg. 33. Nov. 33 pr. c. 1.

(4) L. 1 § 4 D. de appel. eod.

(5) Tit. D. XLIX, 7.

(6) L. unic. C. Th. si de momento fuerit appel. XI, 37. L. unic. C. si de momento poss. fuerit appel. VII, 69.

(7) L. 25 D. de appellat. eod. Titolo D. de appellat recip. vel non XLIX, 5 C. Th. XI, 36. C. VII, 65.

(8) L. 6 D. de appel. recip. XLIX, 5.

dice superiore nell' intervallo di un tempo definito a un anno, a sei mesi e a quattro, e se è il principe che ha dato il rifiuto bisogna rivolgersi a lui con suppliche (1). Qualora l' appello dal magistrato superiore viene accettato, cade sul giudice inferiore una pena pecuniaria; per l' opposto è pagata questa dall' appellante, nel caso che l' appello si dichiari irrecettibile (2).

L' appello una volta presentato, non potevano più le parti revocarlo; Arcadio ed Onorio permisero di poter desistere, però infra tre giorni della presentazione, e Giustiniano, in qualunque stadio della causa (3).

Nei cinque giorni dalla recezione dell' appello, l'appellante dovea sollecitare le *litterae dimissoriae* o *apostoli*, l' attestato cioè scritto che l' appello era stato ammesso; quindi prestar cauzione del terzo del valore della cosa, per il caso che il gravame fosse stato rinvenuto infondato. Apparteneva all' appellante di presentare al magistrato superiore queste lettere nel termine legale, scaduto il quale, il diritto alla provocazione prescrivevasi, salvo il rimedio della *reparatio* per un non colpevole ritardo (4). Costantino dispose che la dichiarazione di appello fosse stata mandata *ex officio* dal giudice inferiore al superiore, nel termine di venti giorni portato a trenta da Valentiniano (5); ciò non toglieva che avesse potuto rimetterlo l'appellante medesimo. Secondo il codice teodosiano, il termine a comparire innanzi al giudice di appello era di sei mesi; di due, presso il magistrato municipale e i giudici delegati, senza bisogno di citazione all' appellato; l' ultimo giorno per la perdita del diritto era *fatale*, potea non pertanto per un potente motivo esser riparato anche *a secundo lapsu* (6).

L' appellato non comparendo, giudicavasi senza bisogno di pro-

(1) L. 5 D. de appell recip. eod. L. 3 C. de appel. VII, 62.

(2) LL. 16, 22, 25, 32, 33, 51, 60 C. Th. cit. L. 19, 21, 24 C. cit.

(3) L. 48 C. Th. de appel. cit. LL. 5, 6. Id. L. 28 C. de appel. cit.

(4) Paul sent. V, 34. L. unica D. libel. dimissoriis. XLIX. 6. L. 5 C. de appell. cit. Tit. de temp. et reparat. C. VII, 63.

(5) LL. 5, 8, 16 C. Th. de appell. cit. LL. 6, 24. C. de appell cit.

(6) I due sistemi dei *termini fatali*, l'uno introdotto da Teodosio e Valentiniano, l' altro da Giustiniano, si possono di leggieri conoscere dalla lettura delle costituzioni 2 e 5 del Codice, titolo de temporibus et reparationibus appellationum, nelle quali sono ampiamente esposti.

cedura contumaciale; se era l'appellante che non compariva, il gravame si riteneva per abbandonato e si confermava puramente e semplicemente la prima sentenza.

Le parti possono o da se stesse o per i loro rappresentanti comparire innazi al giudice di appello. Al giorno designato dassi principio alla discussione orale (*oralis cognitio*), si allegano le pruove, si adducono i nuovi mezzi, che non siano però domande novelle (1), con che da parte dell'appellante gistificasi il fondamento del suo gravame (*causas appellationis reddere*, o *agere*) (2). L'avversario può produrre le sue contradeduzioni e contropruove (3). Nel caso egli non apparisca, il procedimento si prosiegue fino alla sentenza colla presenza di una parte soltanto, senza bisogno, come si è detto, di procedura contumaciale (4).

La sentenza del giudice, pari a quella sull'antica *actio sacramento*, dalle pruove e dai fondamenti di fatto addotti, dichiarava giusto o ingiusto l'appello (*justa, aut injusta appellatio*) (5). Anche la sentenza confermatoria si riteneva come una nuova sentenza, perchè fondata sopra una nuova procedura. In virtù della conferma doveano esser fatti buoni all'appellato gl'interessi, i danni e i frutti (6) per il sofferto ritardo all'esecuzione del giudicato in seconda istanza riconosciuto, non che pagata la penalità della somma legale, e il rimborso al quadruplo delle spese di procedura (7). Nel caso di sentenza riformatoria, quella del primo giudice cessava in tutte le sue conseguenze, specialmente dell'effettuata esecuzione.

(1) L. 2 C. sent. resc. VII, 50. L. 6 § § 1, 2. C. de appellat. XII, 62. L. 4 C. de temp. et separat. VII, 63.

(2) L. 3 § 3, L. 13 § 1 D. de appellat. cit.

(3) L. 77. D. de fam. erciscund. X, 11.

(4) L. 81. D. ad SC. Treb. XXXVI, 1. L. 5 § 4 C. de temp. et reparat. VII, 63.

(5) L, 122 § 5 de verb. signif. XLV, 1. L. 2 D. quando appel. XLIX, 4. Paul sent. V. 37.

(6) L. 41 D. de usur. XXII, 1. LL. 20, 57 § 1 D. de admin. tut. XXVI, 7 Paul sent. V. 36,

(7) Paul. sent. V, 37.

§ 4.

SUPPLICATIO.

Supplicationes, praeces Imperatori oblatae, diconsi tutte le petizioni che si possono dirigere, per qualsiasi scopo, al Principe. Nelle civili controversie anche si schiuse la via a queste supplicazioni, da principio come preghiere all'Imperatore di esaminare e di decidere *extra ordinem* una controversia o di commetterla ad un commissario straordinario, a poco a poco le supplicazioni si diressero contro le decisioni del magistrato, specialmente quando niegavasi l' appello. Ma come mezzo ordinario di diritto, posto al grado stesso dell'appello, la *supplicatio* non si manifesta che alla metà del quarto secolo nel tribunale del Prefetto pretorio.

Le supplicazioni furono da Teodosio Secondo, ristrette ad un certo limite com'erano, di bel nuovo rimesse nella loro originaria estensione; l'istesso Imperatore dispose la loro ammissibilità fino a un biennio *post successionem judicis numerandum* (1). Non volendo l' Imperatore da se stesso prender conoscenza della controversia, rimetteva l' istruzione e la decisione al Prefetto pretorio in esercizio, la cui riformazione della sentenza si presentava in forma di *retractatio*, e che dall'appello differivasi per non essere, al pari di questo, un mezzo devolutivo. La *supplicatio* non ebbe per lungo tempo effetti sospensivi, fu Giustiniano che le attribuì la forza di produrli (2).

CAPO V.

Pene contro i temerarii litiganti e sicurezza delle parti.

Le pene sancite per i processi ingiustamente intentati colpiscono parte l'attore, parte il reo, altre sono comuni ad ambidue. Inoltre di queste pene alcune sono a tutti i processi comuni, altre per

(1) Nov. Theod. 13.
(2) Novel. 119. c. 5.

certe determinate controversie; e in generale riferisconsi o al torto obbiettivo, o alla coscienza dello stesso.

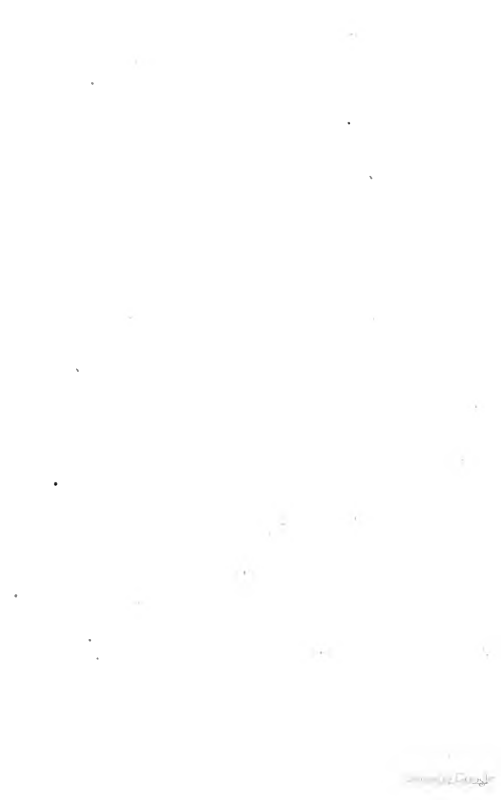
Per sicurezza e a vantaggio dell'attore esisteva l'antica regola: *lis infitiando crescit in duplum* (1) il reo che niegava il suo debito era tenuto al doppio, tutte le volte che restava soccumbente. Questa penale soddisfacevasi, ab antico, da coloro che niegavano l'esistenza di un'obbligazione contratta già a mezzo della *mancipatio* (2), come normale accompagnò l'*actio iudicati*, e per singole prescrizioni della legge fu estesa contro il reo nell'*actio depensi legis Aquiliae, de certa pecunia, legati per damnationem* (3). Altre applicazioni della stessa sono incerte, o per lo meno contrastate, come per l'*actio de modo agri, autoritatis, redhibitoria, depositi* (4). Oltre a questa pena, in alcune azioni provenienti da taluni contratti e da delitto, era al reo convinto inflitta la nota d'infamia: *infamia notantur qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo, et fraude suo nomine damnatus — qui pro socio, tutelae, mandati, depositi, suo nomine non contrario judicio damnatus erit.* (5).

A beneficio del reo contro l'attore davasi in generale il *judicium calumniae*, in virtù del quale, se perveniva il reo a fornire la pruova che l'attore intentato avea l'azione *vexandi adversarii gratia*, avea diritto all'importo dell'*actio calumniae* computato al decimo, e negl'interdetti, al quarto dell'obbietto litigioso. (6). Più duro, e quindi soltanto permesso *ex certis causis*, era il *contrarium judicium*, nel quale l'attore respinto era condannato al decimo o al quinto dell'obbietto secondo la natura della lite: quali esempi vengono da Gajo riferite *l'actio injuriarum, et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur ventris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse; et si quis eo nomine agat, quod dicat, se a Praetore, in possessionem missum ab alio quo admis-*

(1) Gaj. IV, 9. 171. Paul. sent. I. 19. L. 20 § 4 D. hered. petit. V, 3.
(2) Cic. de offic. III, 6: Festus V. nuncupata.
(3) Paul. sent. cit. — Gaj. III, 216.
(4) Paul. sent. cit. Idem II, 17. § 3. L. 24 D, de aedil. edicto. XXI. 1. coll. leg. mos. et rom. X, 7. § 11.
(5) L. 1. D. de his qui not. III. 2. Gaj. IV, 172-174. § 1. Inst. de poen. tem. litig. IV, 16. Cic. de nat. Deor. III, 30. pro Roscio 6. de orat. I. 36. L. 4 § 5. LL. 5. 6. D. cit. L. 56. D. pro socio XVII, 2.
(6) Gaj IV, 175.

sum non esse (1). La *plus petitio* facea decadere l'attore dal suo diritto, e poteasi quindi anch'essa riguardare come un mezzo a vantaggio del reo nelle formule coll'*intentio de certa re*.

Mezzi per sicurezza scambievole delle parti erano, sotto le azioni della legge, la costituzione del *sacramentum*; sotto il sistema formulario, la *stipulatio paenalis* sopra una quota determinata dell'oggetto litigioso; il *compromissum*; e più di ogni altro mezzo il *jusjurandum calumniae*, per il quale ciascuna delle parti potea dal suo avversario pretendere ch' egli deponesse con giuramento di ritenere per giusta la causa e quindi *columniae causa non agere* (2). Finalmente assai importante era la *satisdatio judicatum solvi*, la promessa cioè garentita di riconoscere e di eseguire il pronunziato del giudice. Invece della *satisdatio judicatum solvi*, nelle questioni per cose mobili se ne potea chiedere e ordinare il sequestro. Nel diritto giustinianeo la satisdazione continua da parte del rappresentante del reo; che se questi sta da se in giudizio, nel nuovo diritto non è obbligato che a garentire, *quod in judicio permaneat usque ad terminum litis* (3).

(1) Gaj IV, 177.
(2) Gaj IV, 172, 176, 179 Paul. sent. II, 1.
(3) Gaj IV, 88-102. tit. Inst. de satasdat. IV, 11.

PARTE IV.

PERIODO ESECUTIVO E PROCEDURE SPECIALI

CAPO I.

Generalità sul processo esecutivo.

La soddisfazione del diritto è l'ultimo termine posto al procedimento: tutti gli atti che si compiono innanzi al magistrato e al giudicante, tutte le cautele, tutti gli strumenti di prova, non sono che un mezzo, il quale dee di necessità condurre a questa ultima meta; senza il soddisfacimento sarebbe inutile la lite, infruttuosa la sentenza. In una sentenza assolutoria il corso processuale trova la sua morte naturale col pronunziato solenne del giudice; lo *statu quo*, che propugnava il reo, si converte in istato deffinitivo, il suo diritto è soddisfatto coll'essere solo deffinitivamente respinte le pretese dell'attore, dichiarate ingiuste e illegali in virtù dell'assoluzione. Non così qualora la sentenza contenga una *condemnatio*, in questo caso la parola del giudicante crea un nuovo stato di cose distruggendo l'antico, l'attore che egli dichiara padrone del diritto bisogna che ne abbia l'effettivo godimento, quel godimento che fino a questo punto ne ha avuto il reo, bisogna quindi che entri nelle ragioni di costui, e che questi riconosca il nuovo stato impostogli. Se volontariamente egli si piega a questo riconoscimento mercè la soddisfazione di ciò a cui è stato condannato, il diritto, è ben naturale, trova il suo riposo, l'attore la sua beatitudine, ulteriori atti processuali non avrebbero più scopo di sorta. Ma se egli è renitente, se le sue facoltà non permettono ad appagare i legitimi intenti del suo avversario; allora è mestieri che si apra un nuovo corso processuale, e il complesso degli atti che lo compongono costituiscono il processo esecutivo.

il diritto deve esser soddisfatto: i beni e la persona del debitore siccome furon quelli che lo garentirono, così esser devono quelli che hanno a soddisfarlo.

Tutta la storia del processo esecutivo, dai suoi tempi più oscuri fino alle più recenti codificazioni, si agira o sulla persona o sui beni del debitore, la differenza storica sta nella prevalenza dell'uno sopra l'altro elemento.

In antico era la persona del debitore che formava il vero obbietto della esecuzione, i beni erano un'eccessorio, e quindi inutile era il procedere sopra di questi, quando l'esecuzione sulla persona portava necessariamente il diritto e l'effettivo possesso dei suoi beni trasferiti nel creditore; l'esecuzione sul debitore era il vero annientamento della sua personalità e dei suoi beni. La civiltà progredita ha dato il rovescio della medaglia: la libertà è sacra, e l'incatenamento del suo libero sviluppo, secondo i principî del nuovo diritto e l'abolizione della schiavitù, sarebbe un'atto barbaro, che nuocendo all'individuo nessun vantaggio arrecherebbe al creditore; ogni diritto nascente da rapporti contrattuali per essere ammissibile dee prestar la possibilità di esser soddisfatto in danaro, in beni; la libertà dell'individuo è inapprezzabile, produce colla sua attività vasti patrimonî, ma essa non è valutabile in danaro; con qual diritto adunque dirigere su questa l'esecuzione? Da ciò il principio che ogni esecuzione è da farsi sopra i beni del creditore e che salva rimaner dee la sua personalità. Questo principio non ha fin oggi trovato una sanzione assoluta: le legislazioni si affaticano ancora intorno all'arresto personale come atto esecutivo per debiti civili, senza che si dessero pena per nulla della sua assurdità e inopportunità; se il debitor non ha beni per disimpegnare i suoi obblighi, li produrrà forse nel carcere? L'inceppamento della sua attività, varrà a logorargli le forze, a consumar nell'ozio quel tempo che ben avrebbe impiegato alla produzione; ma non darà giammai al creditore il rimborso di una lira, un sol centesimo delle spese giornaliere che egli è tenuto per il mantenimento a somministrare. E la legge si rende complice di costui, che il più delle volte per ispirito di livore e di vendetta paga per lunghi anni lo scarso mantenimento per il semplice barbaro capriccio di vedere per lunghi anni in prigione il suo debitore. E il legislatore non si rende forse colpevole coll'attentare alla libertà di un individuo, che spesso

non ha colpa alla sua insolvenza, ma che ha piuttosto al caso e all'altrui malizia da attribuire i suoi rovesci? Noi qui parliamo dei debiti civili; nel ramo commerciale allora soltanto sarebbe giustificabile per noi l'arresto, quando la bancarotta è fraudolenta e i pericoli del fallimento sono minacciati per la colpa del fallito In tal circostanza è l'intiera società che va compromessa, perchè non uno, ma migliaia d'individui affidano i loro beni a un'operazione commerciale: perchè, più che sulla conoscenza personale del commerciante, i creditori si fondano sulla voce della sua reputazione e della sua buona fede, e quando questa fallisce ed è provata la colpa, allora, non per soddisfare alla privata vendetta, ma per tutelare e vendicare gl'interessi dell'ordine sociale, la legge ordina l'arresto del debitore, onde scontare, al pari di altri malfattori, la pena.

Per la validità dell'esecuzione bisogna che il titolo sulla quale si fonda sia esecutivo, e trascorso sia il tempo legale accordato al debitore per volontariamente soddisfare; il diritto romano, finchè ebbe vigore il sistema delle *legis actiones*, richiedeva inoltre che il valore dell'obbietto, quando la *sentenza* o la *confessio* non si fossero aggirate sopra una *certa pecunia (aes)*, fosse stato prima valutato in danaro con un giudizio *de litis aestimatione*, nel sistema formulario, in unico giudizio dovea il giudicante valutare l'obbietto e pronunziare per una determinata somma la condanna.

Nei due primi periodi, più che una esecuzione di sentenza non havvi che una persecuzione del proprio diritto fatta dal privato; colla differenza, che nel primo propondera intieramente l'attività del persequente, e il magistrato si mantiene passivo ed estraneo ai suoi atti; nel secondo all'esecuzione privata concorre l'aiuto magistrale il quale lo comanda e lo dirige. Una vera esecuzione della sentenza da parte del magistrato comincia ad avere luogo col *ius extraordinarium* introdotto dagl'imperatori.

Nel primo periodo l'esecuzione ha esclusivamente di mira la persona del debitore, in modo eccezionale i suoi beni, e specialmente nei casi della *pignoris capio*, finchè la legge Petelia non venne a modificarla; nel secondo periodo l'obbietto principale della esecuzione sono i beni del debitore; nel terzo trovano luogo modi speciali di esecuzione. Noi meglio che dividere il presente trattato nelle due categorie di esecuzione sopra la persona, ed esecuzione sopra i beni del debitore; o nell'altra, di esecuzione pri-

vata, o fatta coll'aiuto del magistrato, le quali oltrechè per troppo specificare peccano d'inesattezza, e non hanno un'appoggio storico, reputiamo di discorrere questa parte di procedimento secondo i periodi segnati, cioè: 1. dalla sua origine fino alla legge Petelia, 2. dalla legge Petelia all'introduzione del *ius extraordinarium*, 3. da questo al diritto giustinianeo.

CAPO II.

Dell' esecuzione.

§ 1.

ESECUZIONE DALLE XII TAVOLE ALLA LEGGE PETELIA.

Pronunziata la sentenza condannatoria dal giudice, e quindi dichiarato liquido e formale il diritto dell'attore, è concesso al reo un breve periodo di trenta giorni, nel qual tempo dee egli provvedere a procacciarsi i mezzi onde appagare gl'intenti del diritto competente al suo avversario. Questi giorni costituiscono come una specie di armistizio del diritto, il condannato non può soffrire molestia di sorta, e ogni atto contro di lui si ritiene come illegale. Che se in questo frattempo rimane frustato lo scopo del diritto (*satisfactio, solutio*) (1), allora con una serie di atti d'iniziativa privata, ma regolati dalla legge, si adempie l'esecuzione nella persona del condannato.

L'esecuzione s'inizia colla *vocatio* innanzi al magistrato. Dovunque l'avente diritto incontra il suo avversario, gli pone addosso le mani in virtù della *legis actio per manus iniectionem iudicati*, e pronunziando la formula solenne:

Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sextertium

(1) Confessis igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae caussa quam dissolverent, eosque dies Decemviri *iustos* appellaverunt velut quoddam iustitium, idest iuris inter eos quasi interstitionem quamdam et cessationem, quibus diebus nihil cum iis agi iure posset. Gell. XX, 1. Le parole della legge erano: aeris confessi, rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto. Lex XII Tab. III, 1.

decem millia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sextertium decem millium iudicatis manus iniicio (1).

lo trascina alla presenza del magistrato. Questa chiamata in *ius* ad altro non tendeva che ad offrire ad altri l'occasione di pagare per il debitore, o di costituirsi vindice per lui. Nessuno dei due casi avendo luogo, il creditore traduce senza bisogno di previa autorizzazione, bensì *suo iure*, nella propria casa il debitore, che da quel punto in poi entra nella condizione di una servitù di fatto (2). La legge non si dimentica di lui, essa regola il peso dei vincoli che debbono legarlo (3), dispone sulla quantità del cibo *(libra farris)* da somministrarglisi dal creditore, lasciando però all'oberato la scelta di nutrirsi a proprie spese (4), determina il tempo di questa schiavitù di fatto. Questo tempo era di sessanta giorni, il doppio del *iustitium*, entro ai quali il reo godeva sempre del *ius paciscendi*; e l'attore era tenuto per tre mercati consecutivi di condurlo nel *comitium* innanzi al pretore, da un banditore farne ad alta voce annunziare il nome e l'importare del debito nella speranza che taluno avesse lasciato muoversi a compassione per lui e lo avesse liberato (5). Se riusciva inutile quest'ultimo tentativo, il reo per-

(1) Deinde nisi dissolverent ad praetorem vocabantur. Gell. cit. Sulla formula vedi Gaio IV, 21. La formula della liberazione nel caso che il reo avesse dietro la *manus iniectia* soddisfatto era la seguente: *quod ego tibi tot milibus eo nomine* (p. e. *secundum mancipium*) *sum damnas, solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremomque secundum legem publicam*. Gai III, 173.

(2) Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit secum ducito. Lex XII Tab. III. 2. 3. Nec licebat iudicato manum sibi depellere et pro se lege agere, sed vindicem dabat, qui pro se agere causam solebat: qui vindicem non dabat domum ducebatur ab actore et vinciebatur. Gai. IV, 21.

(3) Vincito aut nervo aut compedibus XV pondo ne maiore (minore? aut si volet minore (maiore?) vincito. Lex XII Tab. III. 2.

(4) Si volet suo vivito. Ni suo vivit (qui eum vinctum habebit) libram farris endo dies dato, si volet plus dato. Lex XII Tab. III, 4.

(5) Erat autem ius interea paciscendi, ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantumque pecuniae iudicati essent praedicabantur. Gell. XX, 1.

deva i diritti di cittadinanza, la schiavitù di fatto convertivasi in schiavitù di diritto, perdeva il nome, le famiglia, i beni, lasciato nel pieno dominio del suo avversario, il quale a sua discrezione o poteva venderlo come schiavo all'estero o togliergli la vita (1). Nel caso fossero esistiti più creditori e che si determinavano per la morte dell'addetto, la legge provvedeva a che nella divisione delle squartate membra si fosse operato senza frode, e avesse avuto ognuno la sua parte secondo l'importare del suo credito (2).

Il creditore potea, a voce di vendere o di uccidere il suo debitore, ritenerlo presso di se e coi lavori servili fargli scontare il debito; ma allora egli non perdeva la libertà di diritto, perchè nessun cittadino potea divenire schiavo nello Stato in cui fu libero una volta: la vera schiavitù di diritto cominciava colla vendita all'estero, *trans Tiberim*, fuori la periferia della città (3).

Il procedimento discorso rendeva inutile qualunque altra esecuzione sopra i beni. Ma se il debitore rendevasi latitante, e se, oltre la latitanza, trattavasi di un' *actio in rem?* Nel primo caso quantunque non potesse eseguirsi la materiale *manus iniectio*, pure probabile riteniamo che immutati rimanessero gli effetti della legge rispetto alla famiglia e ai beni del debitore; rispetto alla sua persona, siccome trascorsi i sessanta giorni entrata sarebbbe nello stato di schiavitù, così la si considerava come schiava (*servus fugitivus*) e quindi entravano in vigore le disposizioni contro gli schiavi fuggiaschi sanzionate (4).

(1) Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregro venum ibant. Gell. cit.

(2) Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto. Lex XII Tab. III, 6.

(3) Nach einem alte eherwürdigen Rechtssatz des lateinscben Stammes konnte kein Bürger in dem Staat wo er frei gewesen war Knecht werden, oder innerhalb dessen das Bürgerrecbt einbüssen: sollte er zur Strafe die Freiheit und, was dasselbewar, das Bürgerrecht ferlieren, so musste er ausgeschieden werden aus dem Staat, und bei Fremden in die Knechtschaft eintreten. Mommsen, Römische Geschichte 1, cap. VII pag. 106.

(4) Se così stato non fosse impossibile quasi si sarebbe resa l'esecuzione e la soddisfazione del diritto, giacchè conveniva meglio a ogni debitore il rendersi latitante o l'abbandonare la romana cittadinanza col trasferirsi in altro municipio, anzichè cadere schiavo nelle mani del suo creditore. In siffatto modo come poteva essere assicurato il credito?

Nel secondo caso, oltrechè al creditore o ai creditori era lecito rivolgesi contro i *praedes litis et vindiciarum* che nell' *actio sacramento* assicurato avevano la restituzione della cosa e dei suoi frutti, cioè la piena esecuzione della sentenza; essi potevano rivolgersi al magistrato per impiegar la forza pubblica contro il possessore adesso ingiusto, in virtù di quell'*imperium* col quale gli aveva attribuito il possesso provvisorio, quand'egli si fosse rifiutato a restituirlo, o avesse opposto resistenza al vero proprietario nell'atto di mettervisi dentro.

Nel quinto secolo il rigore del processo esecutivo *per manus iniectionem* prese a declinare, mercè le modificazioni che qual conseguenza dei politici cangiamenti aprivansi la strada. Già una legge Valeria nel 412 aveva limitato lo stretto e barbaro uso della *manus iniectio* al solo *iudicatum*, e a ciò *pro quo depensum erat:* per qualunque altro titolo esecutivo era lecito al reo *sibi manum depellere et pro se agere* (1). Nel 441 (428?) una legge del dittatore C. Petelio con disposizioni umanitarie cangiò intieramente la sorte degl'infelici oberati, e schiuse colle sue restrizioni e colla sua mitezza il campo al processo esecutivo sopra i beni; i vincoli e i ceppi furono vietati, vietata l' uccisione e la vendita del debitore, solo permesso l' arresto; ma la *in domum deductio* dovea essere ordinata dal magistrato per mezzo dell'*addictio* (2), l'arresto non produceva la schiavitù effettiva dell' arrestato, egli potea col suo

La nostra ipotesi di considerare il latitante come servo dopo il termine legale accordatogli per la soddisfazione del debito riempie una grande lacuna, che altrimenti rimarrebbe nel primo periodo del procedimento esecutivo, ed è per analogia giustificata dalle fonti. Dapoichè se il servo fuggitivo *quaemadmodum sui furtum facere intelligitur* (L. 60. D. de furtis XLVII, 2. L. 1. C. de servis fugitivis VI, 1), molto più s'intende aver furato se stesso il debitore che avea volontariamente obbligata la sua persona al creditore, è a lui assoggettata con una servitù condizionata dalla non soddisfazione del debito.

(1) Sed postea lege Valeria excepto iudicato et eo pro quo depensum erat, ceteris omnibus cum quibus per manus iniectionem agebatur permissum est sibi manum depellere et pro se agere: itaqne iudicatus et is pro quo depensum est, etiam post hanc legem vindicem dare debebant et *nisi darent domum ducebantur.* Gai IV, 25.

(2) Deinde nisi solverent ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur. Gell. XX, 1.

lavoro scontare il debito, non esservi però costretto; egli non perdeva i diritti civili, non soffriva veruna *capitis deminutio*; quindi conservava il suo nome, cognome, prenome, tribù, la potestà patria, la disposizione dei suoi beni (1). Conservando l'arrestato tutti i suoi diritti e specialmente la pienezza della patria potestà, altro scopo non potea avere, da questa legge in poi, l'arresto, che un costringimento indiretto verso il debitor solvente a pagare il debito col privarlo della libertà. In tal caso però l'arresto rendevasi inopportuno, essendosi potuto meglio procedere direttamente sopra i beni. La stessa legge ordinò la liberazione del debitore tuttevolte che avesse con giuramento affermata la sua solvenza (*bonam copiam iurare*) (2). Tutto ciò finchè la legge Giulia mise in essere la *cessio bonorum*, cioè la volontaria cessione dell'intiero patrimonio ai creditori per soddisfarne colla vendita le ragioni (3). Non per questo l'arresto personale per mezzo dell'*addictio* cadde in disuso: durante il sistema delle azioni della legge, esso ne era una conseguenza; abolito questo, sembra che avesse quello dovuto venir meno; nondimeno noi troviamo che non solo verso la fine della repubblica, ma anche sotto gl'imperatori se ne parla come di cosa già in vigore (4). L'arresto però dovea essere autorizzato del magistrato competente, e dall'avente diritto domandato colle *postulatio*. Quest'autorizzazione compartivasi nei municipî e nelle provincie dai *decemviri*, e dai prefetti, ecc. per la somma nella quale erano competenti a dare un giudice; per una somma maggiore l'autorizzazione era riserbata al magistrato in Roma; onde da lui bisognava che fosse stato ordinato il procedimento esecutivo.

§ 2.

ESECUZIONE DALLA LEGGE PETELIA AL *IUS EXTRAORDINARIUM*

Il principio della nuova procedura esecutiva: *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esse* (5), non ebbe per conseguenza l'assoluta abolizione dell'arresto personale, bensì portò

(1) Quinct. de orat. V, 10, 60.
(2) Varro de ling. lat. VII, 105.
(3) L. 1. C. quis bonis VII, 71.
(4) Sallust Catilin. 32, Senec. de Benef. III. 8. Quint. cit.
(5) Liv. VIII, 28.

seco la possibilità di soddisfare il diritto coi beni del debitore indipendentemente dalla sua persona. Laddove l'esecuzione per lo innanzi era tutta personale, e la presa e la disposizione dei beni consideravasi come effetto della *manus iniectio*, e i beni stessi quale necessaria accessione alla persona dell'arrestato; adesso gli uni e l'altra si separano, e il creditore è messo nell'alternativa o di procedere direttamente sulla persona del debitore e di avvalersene come mezzo per giungere ai beni e allo sconto del debito a forza di lavoro, o di procedere immediatamente sopra i beni medesimi. Sicchè, non altro la nuova massima significa, che l'obbietto finale dell'esecuzione e della soddisfazione del diritto esser devono sempre i beni; e se si procede sulla persona, non è questa che dee riguardarsi come obbietto finale, sibbene il prodotto della sua attività assicurato coll'arresto, e i beni, se ne esistono, per giungere ai quali l'arresto ne agevola, ne sollecita il cammino e li garentisce. Ed è ciò tanto vero che l'arresto personale si protrae fino al terzo secolo dopo Cristo (1), il che sarebbe inconcepibile se fosse stato abolito; ma dall'altra parte cangia intieramente di fisonomia, tanto nei modi processuali, che nei suoi effetti.

Le linee caratteristiche di questi cangiamenti sono le seguenti:

Finchè stiedero in piede le azioni della legge, l'arresto personale effettuossi colla *manus iniectio* (2); caduta questa in desuetudine, l'arresto ebbe luogo in virtù dell'azione del giudicato con disposizioni speciali, forse contenute nell'Editto pretorio, a noi sconosciute. Nell'un caso e nell'altro dovette l'arbitrio individuale avere un limite, e fece d'uopo di un decreto del Magistrato perchè il creditore avesse potuto legitimamente tenere in arresto il suo debitore (*duci iubere*), in virtù del quale ritenevasi costui come addetto e aggiudicato al suo avversario (*addicere, adjudicare*), e in caso di resistenza vi era costretto colla forza.

Questo decreto poteva non solo dimanare dal Magistrato superiore e per debiti pecuniari in virtù di condanna; sibbene ancora dal Magistrato municipale fino ad un determinato valore, e per qua-

(1) Addici namque et vinciri multos videmus, quia vinculorum poenam deterrimi homines contemnunt. Gell. XX, 1. Vedi Sallust. Catil. 32. Quinct. V, 10, 60.

(2) Gai, IV, 26.

lunque altra specie di azione in virtù degli equivalenti della condanna (1).

L' *addictus* più non soffre veruna *capitis deminutio*, ma conserva il suo stato di libertà (2); come tale quindi egli rimane sotto la difesa della legge (3), conserva la patria potestà, il diritto di disporre dei suoi beni (4), il nome, il cognome, la tribù (5), e illeso resta il suo onore come tempo innanzi l' arresto. Tutto ciò proviene dall'aver la legge Petelia convertito in pegno reale sopra i beni il diritto che il creditore avea sulla persona del debitore. Pur tuttavolta un'avanzo dell'antica durezza si riscontra nella facoltà al creditore rilasciata di tenere in vincoli l' arrestato (6), comechè avesse questi avuto un' *actio* in *factum* o *iniuriarum* tuttevolte che non gli fosse stato permesso di usare convenientemente dei suoi alimenti e del proprio letto (7); e simile azione reputiamo gli fosse stata concessa per le sevizie che avesse potuto soffrire nel lavoro forzato cui era addetto per lo sconto del debito (8).

Si evita l'arresto personale colla cessione dei beni, di che sarà poco sotto parola; col giurare la propria solvenza o la propria insolvenza, onde concedersi dai creditori una dilazione o venirsi ad un'accordo; naturalmente, l'arresto cessa colla sod-

(1) Lex Rubria cap. 21, 22.

(2) Gai, III, 199. Gell. XX, 1.

(3) Quinct. V, 10, 60.

(4) Quinct. cit. Cic. pro Flac.

(5) Quinct. cit.

(6) L. 13 pr. D. ex quib. caus. maior. IV, 6.

(7) L. 34 D. de re iudic. XLII, 1.

(8) Contrastasi da molti il diritto del creditore di costringere l' addetto al lavoro: per noi questo diritto è una conseguenza dall' essere stato l'arresto personale concesso come mezzo per soddisfare il debito; se il debitore arrestato fosse stato senza beni, come avrebbe potuto ciò fare? Si ammetterà forse una perpetua prigionia privata, o si aspetterà che un terzo paghi, quando il debitor stesso può lavorare? E se questi non vuole, dee costringersi il creditore a sostentarlo gratuitamente, o a metterlo in libertà rendendo così illusorio il suo diritto? Niegare il principio di costringimento al lavoro è quanto sconoscere le ragioni economiche dei romani, e il principio dell' egoismo sul quale il loro diritto si fonda

disfazione del debito sia da parte del debitore stesso, sia da parte di un terzo (1).

Accanto all'arresto personale modificato nel modo già veduto, sorse il procedimento esecutivo direttamente sopra i beni, ordinato nel suo cammino e nei suoi effetti dal Pretore. Non è già ch'esso fosse stato un' invenzione del Magistrato, o che per lo innanzi esistiti non fossero casi di esecuzione siffatta; ma essi erano speciali, si riferivano agl'interessi dell'erario pubblico, e avevano per obbietto i beni dei debitori dello Stato, o allo Stato caduti sia per diritto di conquista, sia per confiscazione, sia per sentenza penale, sia per diritto di eredità (2).

In tutti questi casi il Pretore immetteva nel possesso dei beni il Questore, e costui passava alla loro vendita per mezzo di auzione (*auctio*) *sub hasta*, li addiceva al maggiore offerente nella loro universalità. In virtù di questa aggiudicazione il compratore (*sector*) acquistava il diritto quiritario (3), simbolo l'asta sotto la quale li avea acquistati, il qual diritto non differivasi dall'universal successione; un interdetto intitolato *interdictum sectorium* gliene garentiva la presa di possesso nelle singole parti (4). Il *sector* poteva nelle singole parti rivendere l'universalità dei beni acquistati (*sectio*) (5) e ad altri trasmettere il suo diritto. L'insieme di questo procedimento andava designato coll' espressione di *bonorum sectio, venditio*.

Questo special procedimento servì di modello all'esecuzione pretoria, che va generalmente intesa sotto la comune espressione di *missio in possessionem bonorum*, o *bonorum proscriptio et venditio*. È impossibile di poter precisare il momento in cui questa procedura s'introdusse a favore dei privati debitori; Gaio l'ascrive al Pretore Rutilio (6), ma qual fu il Pretore di questo nome? È certo che l'ese-

(1) Lex Julia Municip. V, 110-115. Fest. V. *eiuratio*. Cic. pro Flac 21, L. 21, § 1, D. ad SC. Vell. XVI, 1.

(2) Liv. III, 58. II, 14. Dionys. V, 34. Cic. de inven. I, 45. pro Quint. 12, 24, 29. pro Roscio 43. Cesar, de Bello gall. II, 33. L. 44 pr. D. de hered. petit. V, 3. L. 1 C. de hered. vend. IV, 39.

(3) Varr. de re rustic. II, 10. Gai III, 80.

(4) Gai. IV, 146.

(5) Cic. Phil II, 27. Pseudo — Asc. in Verr. II, 1.

(6) Gai, IV, 35.

cuzione sui beni dei privati a favore dei privati va menzionata nella *lex agraria* dell'anno 643 (1), onde l'esecuzione pretoria dovette essere antecedente a questa legge; non è improbabile che il pretore fosse stato P. Rutilio Calvo (586) di cui Livio fa cenno (2). Ma se le norme sicure di procedimento per la *bonorum proscriptio et venditio* rimontano, al più lontano, al 586 della fondazione di Roma, non possiam credere che dal 441 a questo periodo, cioè dalla sanzione della legge Petelia all'Editto del Pretore Rutilio, non siavi stata esecuzione sui beni, o che questa fosse stata tutta rimessa all'arbitrio dei creditori: sicchè ci sembra che in questo periodo, l'esecuzione sopra i beni sia stata rilasciata all'arbitrio del pretore di regolarla, e che questi abbia, da una parte trasportati i termini per la vendita della persona del creditore nella vendita dei suoi beni, dall'altra parte abbia preso per norma processuale le formalità della *sectio bonorum*. E ciò tanto più ha color di verosomiglianza in quanto che nell'*actio Serviana* antecedentemente alle *Rutiliana*, si tratta del *bonorum emptor*; onde pria del Pretore Rutilio dovette esservi una norma per le vendite rilasciata dal Magistrato; al Pretore Rutilio quindi non se ne ascriverebbe che il perfezionamento e l'introduzione nell'Editto.

I casi nei quali si concede la *bonorum venditio* sono la condanna in giudizio, la confessione *in iure*, la mancanza di difesa, i quali due ultimi equivalgono alla sentenza: condizione indispensabile si è la non solvenza, (*nisi solvat*). L'istesso effetto producono la latitanza, la totale mancanza di eredi nel debitore, l'allontanamento per esilio colla media diminuzione di capo, (3). Non così se i beni appartengano al pupillo, o a chi trovasi assente *ripublicae causa;* giacchè contro costoro per semplici misure conservative è la sola *missio in possessionem rei servandae causa* che si concede (4). La *bonorum venditio* è limitata trattandosi dei beni del furioso (5), sospesa per il *captus ab hostibus* (6).

(1) Lex Agr. cap. 56.

(2) XLV, 44.

(3) Gai, III, 78. L. 51 pr. D. de pecul. XV, 1. L. 6 § 2 D. de re iud. XLII, 1. Lex Rubr. cap. 22. L. 7 §§ 1-18 D. ex quib. caus. XLII, 4. Cic. pro Quinct. 19. L. 13 D. cit.

(4) L. 6 D. ex quib. caus. cit. L. 35 D. de reb. auct. iud. XLII, 5.

(5) L. 7 § 10 D. cit.

(6) L. 39 § 1 D. de reb. auct. iud. XLII, 5. Paul. sent. V, 5ª § 2.

Pria di giungere alla vendizione dei beni bisogna eseguire degli atti processuali i quali si riducono ai seguenti:

Il creditore dee innanzi tutto impetrare dal Magistrato la immissione nei beni, il qual atto dicesi *postulatio*; il magistrato, non trovando difficoltà provenienti dall'Editto, concede la *bonorum possessio et proscriptio* (*bona possideri proscribive iubet*) (1). Se più sono i creditori e uno il postulante, l'immissione s'intende a tutti concessa, anche nel caso che avesse il postulante in seguito ottenuta la soddisfazione del suo credito, salvo ch'egli non sia stato realmente creditore; dapoichè essendo allora nulla la *postulatio* non può sortire effetto per gli altri (2). Se più sono i creditori immessi nelle ragioni del debitore, pure la presa reale del possesso non può essere fatta che da un solo, e questo eletto dalla maggioranza dei creditori (3). Non è necessario per la immissione nei beni che questi realmente esistano, può benissimo succedere che sia il debitore dell'intutto privo di patrimonio, eppure l'immissione nei suoi effetti ritiensi come avverata, e il creditore *perinde habetur, ac si etiam possessa bona fuissent* (4).

La immissione concede ai creditori tutti il diritto del compossesso allo scopo di conservare i beni e di vigilare sulla loro amministrazione (5); inoltre il diritto della *proscriptio*.

In forza della *custodia et observatio bonorum*, i creditori nessun diritto ottengono sopra i beni stessi; ond'è che sono essi obbligati a custodire le singole parti del patrimonio, finchè la conservazione sia possibile; non possono scacciare il debitore, son vietati di appropriarsi i frutti, e di deteriorare *la causa possessionis* (6). Sono però in diritto di farsi un'inventario degl'instrumenti, *quot sint et de qua de re sint*, e qualche volta deve il Pretore, *causa cognita*, permettere la trascrizione di parte di essi (7).

Contravvenendo alle citate disposizioni dell'Editto, il Pretore accorda contro i creditori l'*actio in factum*. E siffatta azione

(1) Lex Rub. cap. 22. Gai III, 79.
(2) L. 12 pr. § § 1-2. D. de reb. auct. iud. XLII, 5.
(3) L. 15 D. eod.
(4) L. 14 D. eod.
(5) L. 3. § 23 D. de acquirenda poss. XLI, 2.
(6) Cic. pro Quint. 27. L. 9 pr. D. de reb. auct. iud. XLII, 5.
(7) L. 15 pr. § 1 D. eod.

s'intenta ancora per i frutti che non furono venduti o locati secondo le disposizioni dell'Editto, per la quale azione l'immesso *in hoc condemnabitur quanto minus propter hoc perceptum est, quia neque vendidit neque locavit* (1).

In talune circostanze, quando all' immissione del possesso non siegue la vendita; o ci è pericolo che alcune azioni del debitore possano perire; o i beni appartengano a una persona illustre, come ad un Senatore o alla sua moglie; o se l' erede non vuole adire l'eredità; il Magistrato o il Preside della Provincia, sulla domanda dei creditori, dee nominare un curatore ai beni (2). Questi non fa mestieri che sia uno dei creditori, può anche essere un'estraneo; qual ora sono più curatori, tutti agiscono, tutti sono tenuti solidalmente, salvo che non siano divisi per regione, che allora deve ognuno amministrare la propria (3).

Contro coloro che impedissero il creditore a immittersi in possesso dei beni del suo debitore, o che lo disturbassero in questo possesso, l' Editto pretorio concedeva un' *actio in factum*; tranne che l'impedimento e il disturbo non avessero avuto luogo colla forza, dapoichè, in questo caso, il magistrato provvedeva coll'interdetto: *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.* Solo per l'immissione del ventre nei beni facevasi un'eccezione, in quanto che la donna avea l'alternativa dell' *actio in factum* e dell' interdetto, comechè nell' impedimento o nel disturbo del possesso non fosse stata contro di lei esercitata violenza (4).

(1) L. 8. § 1. L. 9 § 6 D. eod.

(2) L. 6 § 2 D. ex quib caus. XLII, 4. L. 14 pr. D. de reb. auct. XLII, 5. L. 5 D. de curat. fur. XXVII, 10. L. 1. D. de cur. bon. dand. XLII, 7.

(3) L. 2 §§ 2, 4. D. de cur. bon. dand. cit.

(4) Con questa spiegazione ci sembra di aver conciliato l' enunciazione del titolo 4 Lib. 43 del Digesto col contenuto del titolo medesimo. Mentre, da una parte in questo si fa menzione dell'interdetto a favore degl' immessi in possesso, dall'altra in tutto il titolo si fa in gran parte cenno dell'*actio in factum*, solo per l' immissione del ventre e pochissimi altri casi si menziona l' interdetto (L. 3 § 2) rilasciando tuttavia alle donne di servirsi *ad exemplum creditorum*, dell'*actio in factum*. Sicchè parrebbe che i creditori da questa espressione sono intieramente esclusi dell'interdetto. Ma non possiamo supporre che con termini generali avesse voluto intestarsi un titolo, che il magistrato avesse voluto formulare l'interdetto, quando solo si fosse trattato di un privilegio a

Un'altro diritto compete ai creditori, ch'è quello della separazione dei beni; il che per l'ordinario avviene allorchè il debitore morendo lascia un' erede che anch' esso è obbligato verso altri creditori. In questo caso possono i creditori del defunto impetrare dal magistrato la separazione dei beni di costui da quelli dell'erede; non così i creditori di quest'ultimo, poichè: *licet alicui adiicendo sibi creditorem creditoris sui deteriorem facere conditionem*, e ciò anche quando l'adizione dell'eredità fosse stata fatta in frodo dei proprii creditori (1). Per un rescritto dell'Imperatore Pio il diritto della separazione si concesse anche all'erede contro i creditori ereditari, quante volte fosse stato instituito o costretto a ricevere un'eredità sospetta per restituirla ad altri, e non trova poscia a chi la restituisca, o non esiste causa di restituzione. Questo diritto fu anche esteso al servo istituito erede *cum libertate*, tanto per ciò che gli è dovuto dal testatore, quanto per quello ch'egli in seguito all'esser libero avrebbe acquistato (2).

Dopo cinque anni dall'adizione dell'eredità il diritto della separazione si prescrive (3).

Un altro diritto acquistato coll'immissione nei beni si è la *proscriptio bonorum*, cioè la pubblicazione della seguita *missio in possessionem* per mezzo di affissi nei luoghi più frequentati della città (4) allo scopo di darne conoscenza agli altri creditori, e agli amici del debitore che avessero voluto mediante cauzione prenderne la difesa. La *proscriptio* seguiva immediatamente all'immissione nei beni, ed avea la durata di trenta giorni qualora si

favore di pochi; laonde bisogna ammettere l'uso dell'*interdetto* anche per gli altri immessi. Ciò dato, non trattasi più di altro che di sapere se l'*actio in factum*, e l'*interdetto*, siano lasciati all'alternativa dell'immesso, oppure secondo date circostanze si concede ora l'una ed ora l'altro; quest'ultimo caso ci pare il più probabile, si perchè l'alternativa sembra rilevarsi dalla L. 3, § 2, come ancora per le parole della L. 1 § 3, nelle quali riguardo all'azione in fatto si dice: *nec exigitur, ut vi fecerit, qui prohibuit*, dalle quali parole Ulpiano fa travedere, che per la circostanza della *vis* havvi un altro mezzo di difesa che non sia l'*actio in factum* e che esclude questa: siffatto mezzo non sarebbe che l'interdetto.

(1) L. 1 § 5 de separat. XLII, 6.

(2) L. 1 §§ 6, 18 eod.

(3) L. cit. § 13.

(4) Cic. pro Quinct. 6, 15, 19, 20. Lex Rub. cap. 22. Seneca, de Benef. IV. 12. Gai III, 79. 220.

fosse trattato dei beni di un debitore vivente, di quindici per i beni di un defunto (1). Essa in certo modo corrisponde alla pubblicazione che facevasi del debito e della persona del debitore nel mercato pubblico al periodo della *manus iniectio*, ed identico n'è lo scopo. Le conseguenze che derivano dall' essere trascorso questo termine sono, di riguardarsi il debitore come *persona suspecta* e quindi non essere ammesso alla difesa se non dietro cauzione del *judicatum solvi* (2); e l' irrogazione dell' infamia (3).

Trascorsi i trenta e rispettivamente i quindici giorni, il magistrato convoca i creditori per nominare dal loro numero il *magister*, quegli che dee aver cura e presiedere alla vendita dei beni (4). Dalla nomina del *magister* alla vendita pubblica dell'universalità dei beni decorrono trenta giorni per un creditore vivente, venti per un defunto; e questa differenza di termini s' induce solo *quia de vivis curandum erat*, *ne facile bonorum venditiones paterentur* (5). In quest' intervallo di tempo doveano i creditori convocarsi sotto la direzione del *magister*, stabilire la *lex venditionis*, o *bonorum vendendorum*, la quale avesse contenuto le condizioni della vendita, forse il minimo sul quale bisognava far principio all'auzione, le garentie richieste dai licitanti, il tempo in che comincerebbe la vendita; e tutto ciò insieme alla publicazione della *lex venditioni*probabilmente dovea effettuarsi entro a un tempo determinato nel termine finale, forse nei primi dieci giorni pei beni di un vivo nei primi cinque per quelli di un defunto (6). È ancora in questo periodo che hanno a far valere i creditori le loro ragioni, e presentarsi tutti, onde partecipare al prodotto della vendita e prendere il loro posto privilegiato, quando di loro qualcuno avesse goduto di un privilegio sopra i beni; verosimilmente trascorso il periodo fatale, i creditori che non si fossero fin' allora presentati erano dai vantaggi della vendita esclusi.

La vendita si effettuava per pubblica auzione (7); l'offerta non

(1) Gai III, 79.

(2) Gai IV, 102. L. 33 D. de reb. auct. iud. XLII, 5.

(3) Gai II, 154, Cic. pro Quinct. 2, 8, 9, 15.

(4) Gai III, 79.

(5) Gai III, 79.

(6) Questa è l'opinione di Huschke e di Hollweg nella restituzione del § 79 lib. III di Gaio.

(7) Praeconis vox praedicat et praetium conficit. Cic. pro Quinct. 15.

facevasi punto a prezzo determinato, bensì a tanto per cento, cioè il maggiore offerente obbligavasi di pagare ai creditori un tanto per cento del loro credito rispettivo (1). Offerenti esser potevano gli estranei, i creditori, e i parenti del debitore; nel caso di uguale offerta godevano la preferenza i creditori e i parenti; tra questi due, la preferenza era dei primi più che dei secondi; tra debitore e debitore preferivasi colui cui era dovuta una somma maggiore (2).

Compiuta l'auzione, il Pretore aggiudicava l'universalità dei beni al *bonorum emptor* (3). Fino al momento dell'aggiudicazione poteva il debitore impedire tutti gli effetti della vendita e annullare la *bonorum possessio* colla *defensio* mercè cauzione: che anzi dopo l'aggiudicazione avrebbe potuto la vendita qualche volta essere nulla per manco di alcune di quelle condizioni presupposte dell'Editto e messe come basi di tutto il procedimento esecutivo sopra i beni (4).

Il compratore acquista il diritto di universale successore nell'insieme dei beni del creditore, subentra nelle ragioni di costui, non già in forza del diritto civile come nella *sectio bonorum*, sibbene coll'assistenza pretoria; il diritto ereditario adunque acquistato dal compratore è quello del *bonorum possessor* nella successione pretoria; i beni acquistati non sono quiritari, ma si computano *in bonis*, e allora si convertono in quiritari quando si usucapiscono (5).

Contro il *defraudator* e qualsiasi terzo, a difesa dell'universalità dei beni, gode il *bonorum emptor* dell'*interdictum possessorium*, analogo all'*interdictum quorum bonorum*; per le singole parti gli sono date l'*actio fictitia Serviana*, o l'*actio Rutiliana* (6). Se egli però agisce contro un debitore il quale è al tempo stesso per qualsiasi ragione creditore, allora dee proporre la sua domanda *cum deductione*, ha cioè da operare spontaneamente la *compensatio* dei due crediti, e ricevere il residuo (7).

(1) Theoph. III, 12. Gai II, 155.
(2) L. 16 D. de reb. auct. iud. XLII, 5.
(3) Mihi del possessionem, — mihi bona addicat. Cic. in Verr. I, 52. 137.
(4) L. 7 § 3 quib ex caus. XLII, 4.
(5) Gai III, 80. II, 98.
(6) Gai IV, 35, 155.
(7) Gai. IV, 35.

La legge Giulia *de bonorum cessione* (1) portò un cangiamento all'introduzione di questa procedura sopra i beni, e modificò gli effetti della medesima.

In virtù di questa legge fu rilasciato al debitore di cedere volontariamente al creditore i suoi beni sia *in iure*, sia *extra ius*, anche *per nuntium* e *per epistolam*, bastando la sola manifestazione del volere (2), e ciò per una ricognizione del proprio debito fatta sì stragiudiziariamente, come giudizialmente per mezzo della *confessio*, o per sentenza (3). La cessione dei beni non produce il diritto di proprietà nel creditore, ma solo il diritto di vendita e quindi del pagamento *pro rata* dall'importo della medesima (4). Il debitore può tuttavia fino al momento della vendita pentirsi della cessione, e difendendosi riavere i suoi beni (5). Colla volontaria cessione dei beni, sfugge il debitore all'esecuzione personale, evita l'infamia che gli sarebbe altrimenti venuta colla *proscriptio bonorum*, e se egli non è liberato che fino alla concorrenza del valore dei beni ceduti, pure gode nell'avvenire il beneficio di non poter essere convenuto se non nel *quantum facere potest;* che anzi le opinioni di giureconsulti, che volevano di non poter più essere inquietato, non mancarono, garentendogli specialmente questo diritto per i modici acquisti fatti dietro la cessione (6). A godere però di questi diversi benefici è condizione indispensabile che non sia la cessione fatta per dolo (7).

Il diritto della *bonorum cessio* introdotto prima a vantaggio dei soli cittadini fu poscia esteso alle provincie (8).

Un'eccezione al procedimento sull'universalità dei beni fece nei primi tempi dell'impero un Senato Consulto d'incerta data, a favore delle persone illustri. In forza di questa ordinanza i beni dei Senatori non potevano essere venduti nella loro universalità; ma

(1) Tit. C. Th. qui bonis ex lege Julia cedere possunt, IV, 20. Tit. C. qui bonis cedere possunt, VII, 71, Tit. D. de cessione bonorum, XLII, 3.

(2) L. 9 D h. t. L. 6 C. h. t.

(3) L. 8. D. h. t.

(4) L. 3 D. h. t. L. 4 C. h. t.

(5) LL. 3, 5 D. h. t.

(6) L. 1 C. h. t. L. 11 C. ex quib caus. inf. irrog. II, 12. LL. 4, 6, D. h. t.

(7) I. 22 § 1 L. 51 D. de re iud. XLII, 1. L. 25 D. quae in fraud. credit. XLII, 8.

(8) L. 4 C. h. t.

sull'istanza dei creditori il magistrato avea a nominare un *curator bonorum*, e da costui vendersi le parti singole dei beni fino alla concorrenza del debito. Due conseguenze venivan meno con questo procedimento: l'infamia da parte del debitore, e l'acquisto per universale successione da parte dei creditori. Questo modo di esecuzione straordinaria ed eccezionale, prese, per diverse costituzioni d'Imperatori, ad estendersi su tutto il campo del civile procedimento in Roma e nelle provincie, finchè intieramente sparì la *bonorum venditio* sotto l' influsso della vendita degli obbietti speciali del patrimonio del debitore.

§ 3.

ESECUZIONE DAL IUS EXTRAORDINARIUM AL DIRITTO GIUSTINIANEO.

Durante il lungo periodo della repubblica mai non s' incontra un solo esempio di esecuzione che avesse avuto per obbietto una sola parte dei beni riguardati come cosa singola, bensì sempre la totalità dei beni del debitore. Il volere trovare questa esecuzione come conosciuta in quel periodo è contrastare a tutta l'autorità delle fonti, che ad esso riferendosi, non parlano se non di *bonorum venditio*, e sempre alludono all' universal successione; è contrastare allo spirito del diritto stesso, che nel suo egoismo, se non poteva più realmente annientava la persona del debitore, come pria della legge Petelia, l' annullava moralmente coll' infamia e colla distruzione del patrimonio. E ciò confacevasi al carattere libero e indipendente del popolo romano: un cittadino ch' era incapace, di più soddisfare alle ragioni dei suoi creditori, non avea più in certo modo diritto alla cittadinanza, alla libertà, egli era assorbito con tutto il suo patrimonio dal creditore; più tardi se ne finge la morte, ed è questo il concetto dell'universal successione; colla vendita dei beni celebravansi i funerali del debitore, egli più non esisteva. Con questo principio, a che scopo sarebbe servita una esecuzione sulle singole parti dei beni, per quali casi stata sarebbe introdotta? L' eccezione stessa fatta dal senato con a favore delle famiglie senatorie, non dimostra a evidenza piuttosto la esecuzione sull' universalità dei beni come unico principio dominante nel campo processuale civile? l' ipotesi di una esecuzione

speciale contro un debitore solvente, ma duro e pertinace (1), non può aver peso di sorta; dapoichè la *venditio bonorum*, minacciavasi non solo contro un'insolvente, sibbene ancora contro un solvente pertinace, contro colui in generale che *sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit, nec defenditur* (2). Sicchè l'ipotesi perde di valore sotto la forza del principio generale, e il solvente anch'egli potea esser minacciato della *venditio bonorum*, qualora lasciato non avesse da parte il suo mal talénto.

Coll'introduzione del *ius extraordinarium*, siccome si prese a derogare a tutte le leggi processuali fino allora vigenti, così non potè rimanerne esente la parte che riguarda l'esecuzione, e di ugual passo con tutto il resto, l'esecuzione sulle parti singole del patrimonio divenne norma generale, del pari che norma generale a poco a poco divenne la *extraordinaria cognitio*. Nelle vicende del diritto insomma non sono le parti staccate che si modificano, ma l'intiero organismo: e questo processo di modificazione, riguardo al nostro subbietto, lo vediamo immancabilmente avverarsi, sicchè accanto al *ius extraordinarium* troviamo una *exstraordinaria cognitio*, e a loro consociarsi una *executio extra ordinem*; i quali tre elementi costituiscono poscia la norma dominante. Ed è questa conformità nella evoluzione e nel cangiamento organico di tutto il diritto che ci rafferma sempre di più contro l'opinione di coloro, che vogliono vedere l'esecuzione speciale fin nei tempi lontani della repubblica.

(1) Il Rudorff (Röm Rechtgesch. vol. II, § 92) ammette ciò come tesi: der universellen stehet eine directe specialexecution zur Seite, welche naturgemässe gegen solvente aber halsstarrige Schuldner ihre vornehmste Anwendung findet: ma egli non pruova la sua asserzione, e i testi allegati o non pruovano, o si riferiscono ai tempi in cui prese ad introdursi il diritto straordinario, cioe al terzo periodo storico esecutivo; così p. e. la L. 50, D. de eviction. et duplae. stip. XXI, 2. da lui allegata alla Nota 2.

(2) L. 5 C. de revoc. his. VII, 75. Non è mestieri per l'esecuzione dei beni che si sia realmente insolvente; basta che non si solva il debito, quantunque si possegga tanto da pagarlo, per essere ritenuto come insolvente: il *non solvere* si riferisce quindi tanto alla deficienza di beni, quanto di buon volere.

Il carattere principale nell'esecuzione di questo periodo si è l'ingerenza del magistrato o di colui che pronunziò la sentenza in tutti gli atti esecutivi. Laddove nel periodo antecedente il magistrato non disimpegnava che una parte secondaria; nell'attuale rappresenta l'unico organo esecutivo, rimanendo chiuso ai creditori il campo a qualsiasi atto privato ed arbitrario. Onde il principio che compendia tutto il sistema si conterrebbe nelle seguenti parole dell'Imperatore Alessandro: *cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venundari solet, non per eum qui iudicatum fieri postulavit* (1).

La *pignoris capio* si è il mezzo ordinario dell'esecuzione giudiziaria. Usata prima, ai tempi della repubblica, da qualsiasi magistrato per la riscossione delle pene pecuniare, e quindi vestita di un carattere esclusivamente pubblico (2); estesa ai processi fiscali nei primi tempi dell'impero (3); fu per una costituzione dell'imperatore Pio portata nel sistema processuale, quale organo di esecuzione privata (4). E consiste in ciò, che il giudice il quale pronunziò la sentenza, per mezzo dei suoi *apparitores*, in virtù del diritto di costringimento, sottrae dal patrimonio del debitore tanti obbietti singoli quanti siano sufficienti per coprire col loro valore il debito, e li sottomette col diritto di pegno al creditore, onde con una vendita giudiziaria soddisfare le sue ragioni (5).

Il diritto di pegno presuppone un pronunziato magistrale, o una confessione in giudizio; inoltre, che sia spirato il termine concesso per la soluzione (6). Esso si attua innanzi tutto sopra i *mobili*,

(1) L. 2 C. si in caus. iud. VIII, 23.

(2) Vedi Keller, Rom. Civilpr. § 83, note 1036-37.

(3) L. 9 § 6 D. ad leg. Iul. pecul. XLVIII, 13.

(4) His qui fatebantur debere, aut ex re iudicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur; eorum qui intra diem vel ab initio datum vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi, eaque si intra duos menses non solverint, vendantur, si quid ex praetiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant. L. 31 D. de re iud. XLII, 1 Vedi L. 15 pr. §§ 1, 2 eod. L. 2 C. qui pot. VIII, 18.

(5) LL. 50, 74 § 1 D. de evict. XXI, 2. Ex sententia iudicantis usque ad modum debiti, bonorum eius sive praediorum traditio sive venditio celebretur. L. 6 § 4 C. de his qui ad Eccl. I, 12. LL. 1, 2, 3. C. si in caus. iud. VII, 23.

(6) Paul. sent. II, 1. 5. V, 5ª L. 31 D. de re iud. XLII, 1.

questi esauriti si passa agl' *immobili*, sussidiariamente in ultimo ai *diritti* (1). Dal sequestro dei beni mobili si eccettuano le cose e gli arnesi necessari alla cultura del campo, e in generale tutto ciò che al debitore è indispensabile per il sostentamento della vita (2). Il sequestro si esegue dagli *executores* addetti al tribunale, che in luogo di sicurezza trasportano le cose trovate presso il debitore (3). Dalle cose immobili si eccettuano le inalienabili, e l'esecuzione si effettua col mettervi in possesso il creditore (4). Il sequestro dei titoli (5), consiste nel divieto fatto dal tribunale al debitore del debitore, di pagare a costui le ragioni dovutegli, sotto pena di un novello pagamento. Ei sembra che come ultimo sussidio sia anche permesso il sequestro degli stipendi goduti per un ufficio pubblico, qualora manchi qualsiasi elemento sul quale costituire il pegno (6).

Dopo due mesi del pegno eseguito si passa alla vendita pubblica degli obbietti pignorati. Se il pegno consiste in somme di danaro sequestrate, queste convertonsi *in causam iudicati* (7); altrimenti bisogna per pubblica auzione mettersi degli *apparatores* all'incanto gli obbietti, e dal magistrato aggiudicarsi al maggiore offerente, il quale allora avrà diritto alla tradizione quando avrà pagata l'offerta (8).

Coll'importo della vendita il magistrato soddisfa il creditore e restituisce quel che rimane al debitore (9). Ei può ben succedere

(1) In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res *mobiles* — quarum pretium si sufficerit bene est, si non sufficerit, etiam *soli* pignora, capi iubent — quod si nec quae soli sunt, sufficiunt, vel nulla sunt soli pignora, tunc pervenitur etiam ad *iura*. L. 15 § 2 D. de re iud. cit.

(2) LL. 7, 8, C. quae res pign. VIII, 17.

(3) L. 6 § 4 C. de is qui ad Eccl. I, 12. L. 8 C. de execut. rei iud. VII, 63.

(4) L. 2 C. qui post. in pig. VIII, 18.

(5) Etiam *nomen* debitoris in causa iudicati capi posse ignotum non est. L. 5 C. de execut. rei iud. VII, 53. L. 15, § 8, D. de re iud. XLII, 1.

(6) Stipendia retineri propterea quod condemnatus est, non patietur Praeses provinciae, *cum rem iudicatam possit* aliis rationibus exequi. L. 4 C. de execut. rei iud. II, 53).

(7) L. 15 §§ 11, 12 D. de re iud. XLII, 1.

(8) L. 31 D. de re iud. XLII, 1. L. 50 D. de evict. XXI, 2 L. 2 C. si in caus. iud. VIII, 23. L. 15 §§ 6, 7 de re iud. cit.

(9) L. 15 §§ 5, 10-12. L. 31 D. de re iud. cit.

che nella vendita dei pegni o non si trovano offerenti, o se si trovano, licitano per un prezzo inferiore al volere minimo dell'obbietto. Bisogna allora vedere se il creditore sia stato o no ammesso tra i licitanti, nel primo caso egli è costretto a comprare il pegno, forse nel valore minimo stabilito come punto di partenza dell'auzione, *cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet* (1), e quindi pagare al debitore il soprappiù della somma; nel secondo caso, bisogna vedere se la mancanza di oblatori abbia avuto luogo *per calliditatem condamnati*, o no, in quest'ultima ipotesi probabilmente aveasi la speranza di un secondo tentativo di vendita e quindi di nuovi termini per il pagamento: nella prima, per autorità del principe, si addiceva immediatamente il diritto dei pegni al creditore, in quella quantità però che corrispondeva all'importo del credito, per modo che il debitore avrebbe dovuto pagare il di più, qualora il valore minimo dei pegni non fosse giunto al pareggio. Ben il creditore avrebbe potuto nella mancanza di offerenti chiedere, che se ne fosse fatta lui l'aggiudicazione, e allora cessava il diritto di pretendere il di più, perchè: *veluti pacto transigisse de credito videtur* (2).

(1) L. 2 C. si in re iud. cit.

(2) Nelle fonti trovasi molta oscurità sul riguardo; noi non ci sappiamo altrimenti spiegare le parole della L. 3 C. si in caus. iud. VIII, 23, se non coll'ipotesi di un secondo tentativo di vendita; altrimenti, se nella prima vendita, per mancanza di oblatori avesse potuto aggiudicarsi il pegno al creditore, in che sarebbe la pena della *calliditas condemnati* che rimuove i compratori? se l'aggiudicazione ha il carattere di una penale bisogna convenire, che alla prima dovea succedere nel caso di bisogno una seconda auzione ecc. tanto più, che il principio generale enunziato dalla costituzione stessa si è: pignora capta potius *distrahi quam jure dominii possideri*. E secondo questa spiegazione bisogna intendere, e conciliare la L. 15 § 3 de re iud. XLII, 1: si pignora quae capta sunt, (per calliditatem condemnati bisogna intendere) emtorem non inveniant, rescriptum est ab Imperatore nostro et divo patre eius, ut addicantur ipsi cui quis condemnatus est. Addicantur autem utique ea quantitate quae debentur; quest'ultime parole di Ulpiano ci fanno supporre che per l'*addictio auctoritate principis* il debito estinguevasi solo fino all'importare del valore dei pegni, altrimenti sarebbe derivatone svantaggio al creditore ogni qualvolta il valore del pegno fosse stato inferiore all'ammontare del debito; e ciò spiegasi meglio

Una seconda specie di processo esecutivo speciale, si è la *restitutio* e la *exhibitio* comandata dal magistrato, e in caso di renitenza eseguita *manu militari*, tutte le volte che trattasi di cose liquide e determinate, o di ricondurre una cosa nello stato in cui essa in un determinato tempo trovavasi. Nel periodo formulario la *restitutio*, non poteva essere condotta per opera del giudice, sì perchè privo dell' *imperium*, e sì ancora perchè avendo dovuto la sentenza cadere sopra una determinata somma, il reo non potea essere costretto a consegnare la cosa, se non per un mezzo indiretto, cioè colla *litis aestimatio* da parte dell' attore. Durante questo periodo però spesso occorrevano i casi di restituzione imposta e fatta eseguire dal magistrato sulla base degl' interdetti. Questo procedimento spicciativo esser non dovea difficile a introdursi come organo processuale per mezzo della *cognitio extraordinem*, in cui la cognizione della lite e l' esecuzione erano trattate dal solo magistrato o da persona delegata del principe, senza smembramento del *ius* e del *iudicium;* finchè collo sparire del procedimento formulario, fu per massima generale esteso a tutte le *actiones arbitrariae*, e il potere esecutivo concesso a ogni giudicante (1).

Non è già a credere che l'esecuzione sull'universalità dei beni fosse stata in questo periodo intieramente trasandata: essa è riconosciuta come nell' antecedente; ma il suo carattere e le condizioni richieste le danno un'aspetto diverso. Nel periodo antecedente, essendo la *missio in possessionem* e la *venditio bonorum* l' unico organo esecutivo sopra i beni, ne veniva che poteva essere accordata tanto a uno che a molti creditori, senza che per ciò l'assoluta insolvenza del debitore si fosse ritenuta come necessario presupposto. Nel presente periodo, a cagione delle esecuzioni speciali, l' insolvenza e la multiplicità dei creditori sono requisiti indispensabili; perchè, se molti sono i creditori ma sufficienti i beni, allora ognuno dee aver ricorso all' esecuzione speciale; se un solo è il

nella seconda ipotesi che nello stesso § suppone il giureconsulto, che fosse cioè il creditore, che stesse a domandare l' *addictio;* in questo caso vi ha, dice Ulpiano, una specie di transazione, e perciò, *non posse eum, quod amplius sibi debitur petere*, dunque nella prima ipotesi lo può.

(1) L. 68. D. rei vindicat VI. 1.

creditore, e il debitore trovasi nello stato d'insolvenza, manca la ragione del procedimento sull'universalità dei beni, essendochè questo parte dal principio della concorrenza; sicchè può il creditore soddisfarsi sopra tutti i beni del suo debitore, ma non aprire il concorso. Un'altro distintivo caratteristico sta nella vendita, per la quale non più la totalità dei beni, come singola cosa, vien messa alla subastazione; sibbene, le parti singole di essi, secondo le norme che tempo innanzi formavano il privilegio delle famiglie senatorie.

Il procedimento si apre colla dimanda della *missio in possessionem bonorum* da parte dei creditori al giudice competente. Dalla immissione dei beni alla vendita decorrono quattro anni nel quale spazio è nominato un *curator bonorum*. Senza dubbio, l'*immissio* dovea essere accompagnata dalla *proscriptio*, che nella *pignoris capio* va sotto il nome di *programma* (1), acciò tutti quelli che avessero avute pretese sopra i beni del debitore potuto avessero per tempo far valere le loro ragioni. Alla *communio in rebus*, durante questo tempo, esser devono ammessi coloro che non presero parte alla domanda d'immissione, essendo l'esecuzione concessa a vantaggio di tutti i creditori; però pregiudizievole sarebbe stato per i creditori sopra i loro diritti vigilanti, l'accordare a tempo indefinito e *in perpetuum* questo vantaggio ai negligenti; laonde si distingue tra creditori *in una eademque degentes provincia in qua et possessores rerum commorantur*, e *creditores absentes*; per i primi il vantaggio estendesi a due soli anni, a quattro per gli ultimi, cioè fino al momento della vendita. Col decorrere di questo tempo i trascurati non vantano più diritto veruno contro i creditori possidenti; non così contro il debitore verso il quale impregiudicate restano le loro ragioni. Alla comunione del possesso, quando vi si lasciano partecipare, non sono ammessi puramente e semplicemente, ma in contraddittorio dei possidenti ai quali *debitum suum certum faciant*, e paghino le spese della sentenza ottenuta dagli attuali possessori in proporzione del loro credito. Queste prescrizioni non riguardano i creditori ipotecari, i quali, in virtù di questo privilegio, in qualunque tempo e incondizionatamente hanno ad essere ammessi alla comunione del possesso.

La vendita dei beni si reca ad effetto dopo i quattro anni prefiniti:

(1) L. 6 C. de remissione pign. VIII, 25.

ad evitare poi che da parte dei creditori procedere si possa con dolo o altri raggiri, deve estendersi protocollo degli atti di vendita da parte del *tabularius*, e la vendita stessa deve essere eseguita alla presenza di costui e del *reverendissimus cimerliarcha;* inoltre hanno i creditori a prestar giuramento, *quod neque per gratiam emptoris, vel eius ad quem res iure cessionis transferuntur, nec aliquo dolo interveniente; minorem iusto rerum pretio quantitatem acceperint, sed eam, quam revera cum omni studio potuerint invenire.* Col prodotto della vendita si appagano le ragioni dei creditori; il di più che rimane di danaro o di oggetti non venduti esser dee depositato in pubblico luogo, dopo di essersi esteso protocollo dal *tabulario*, tanto sulle quantità del'soprappiù in danaro, quanto delle cose rimaste superflue dopo la soddisfazione dei crediti; tutto alla presenza dei venditori (1). Nella scompartizione dello somme ritratte dalla vendita, il giudice, cui solo compete di effettuarla, ha da tener conto delle priorità acquistate per privilegio o per ipoteca, secondo le regole che le leggi all'uopo somministrano (2).

Le stesse leggi processuali valgono rispetto alla vendita dei beni dai creditori posseduti per mezzo della *cessio bonorum*, e gli stessi principî le danno fondamento.

Tuttavia, laddove la *missio in possessionem* non trova restrizione di sorta, la *cessio* non a tutti i debitori è consentita, forse per la mala fede colla quale erasi fatto abuso di una istituzione dalla legge Giulia apportata per fare evitare l'infamia e l'arresto personale. I debitori ingannano e contraggono più facihnente dei debiti rovinosi, quando favoriti sono dalla mitezza delle leggi, anzichè quando conoscono di andare incontro a pene severe colla perdita del patrimonio. Perciò dovette per la *cessio bonorum* probabilmente introdursi una *cognitio causae*, in especialità se si riguardi che talvolta bisognevole era l'approvazione del principe. Data la facoltà di poter fare la *cessio bonorum*, rimane in potere dei creditori di accordare al comun debitore uno spazio quinquennale per il pagamento dei loro crediti, o di ricevere la cessione; in mancanze di

(1) In questa esposizione non abbiamo che tradotto e riportato il testo della costituzione di Giustiniano (L. 10 C. de bonis auct. poss. sid VII, 72) con poche aggiunte; il nostro lettore non perderebbe inutilmente il tempo a gittare uno sguardo sulla medesima.

(2) L. 8 C. qui bonis ced. pos. VII, 71, in fin.

unanimità dei voti Giustiniano ordina, che *vel ex cumulo debiti, vel ex numero creditorum causa iudicetur.* Inalterati si conservano gli effetti della cessione, cioè rimangono illese la reputazione e la persona del debitore (1).

Il vantaggio di scampare dall'arresto personale per mezzo della *bonorum cessio*, ci fa dedurre il diritto dei creditori a dimandare l'arresto del loro debitore o insiemo, o in seguito alla *missio in possessionem.* Che la detenzione di costui sia stata in carcere pubblico havvi discrepanza di opinioni negli eruditi.

CAPO III.

Procedure speciali.

Coll'espressione di procedure speciali intendiamo il complesso di tutti quegli atti processuali, che, sia per la qualità dei rapporti ai quali si riferiscono, sia per la loro stessa natura che li distingue da tutti gli atti finora discorsi, sia per l'esclusività dei casi ai quali si riportano, o il carattere di loro straordinarietà risguardati come rimedi, formano un tutto a se in connessiono col sistema generalo di procedimento, svolgentisi e modificantisi con esso, ma da esso destinti. Ed è perciò che trattiamo di questi dopo di avere esposto tutto l'organismo processuale, e loro diamo luogo in questo punto. Siffatte procedure risultano dagl'interdetti, dalle stipulazioni pretorie, dalle immissioni in possesso e dalle restituzioni in intiero.

§ 2.

INTERDETTI.

A. Loro natura, origine e scopo.

Gl'interdetti sono formole e concezioni di parole, colle quali il magistrato in virtù del suo imperio, sulla proposta dell'attore, comanda in modo condizionato, ipotetico, attuale, all'altra parte di fare o di tralasciare taluni atti, e ciò secondo le circostanze, con previa cognizione di causa o senza.

(1) Vedi L. 8 C. cit.

L'interdetto è un comando orale (1) del magistrato, e secondo suona la parola, rilasciato tra due persone (2). A tenore ch'esso impone di fare qualche cosa, o che proibisce, piglia nome di *decretum* o d'*interdictum* propriamente detto, nel senso di divieto (3). Il nome interdetto però frequentemente adoperasi ad esprimere l'uno e l'altro concetto, e nel nuovo diritto serve a indicare lo istituto. La caratteristica di questo istituto si è la forma del comando, onde più che alla giurisdizione, appartiene all'imperio di emetterlo (4); ed è perciò che principalmente distinguesi dall'*actio* presa nel suo stretto senso, quando già in un senso lato, come mezzo di perseguire un diritto, con essa si confonde (5). Questo comando si circoscrive in una formula concepita dal magistrato interdicente (6), del modo stesso che l'*actio*, ed è riportata nell'Editto accanto alle azioni ed alle eccezioni (7), a guisa di schema da servir di modello alla parte che la sceglie e al magistrato stesso che dee al fatto concreto accomodarla (8). A seconda che l'applicazione dell'interdetto si mantiene nei limiti e nei casi considerati nella formula, o si estende ad altri analoghi, o concedesi a persone non tenute in conto nell'editto, con piccoli cangiamenti di parole e di espressioni nella formola piglia l'aggiunto d'*interdictum utile*, o *utile interdictum*, in contrapposto all'*interdictum directum*, il

(1) Praetor pari sermone cum utroque loquitur. Gai. IV, 161.

(2) Omnia interdicta appellari, *quia inter duos dicuntur*. § 1 Inst. de interd. IV, 15, espressione analoga all'*interfari* che scontrasi in Livio: priusquam aut ille postulatum perageret, aut Virginio respondendi daretur locus, Appius *interfatur*. III, 47. Falsa è l'etimologia ricavata da *interim*, come incontrasi nell'interpretazione visigota sopra Paolo V, § 6, 1, e in Isidoro, Orig. V, 25.

(3) *Decreta* cum fieri aliquid iubet, veluti cum praecipit ut aliquid exhibeatur aut restituatur; *interdicta* vero cum prohibet fieri, velut cum praecipit ne sine vitio possidenti vis fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. Gai IV, 140.

(4) Certis igitur ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit. Gai. IV, 139.

(5) L. 45 § 2, L. 39, D. de procur. III, 3. L. 37 D. de oblig. e act. XLIV, 7.

(6) Formulae autem et verborum conceptiones, quibus ea in re utitur, decreta aut interdicta vocantur. Gai. IV, 139, princ. Inst. de interd. IV, 15.

(7) L. 1 C. de interd. VIII, 1.

(8) Cic. pro Tull. 29

quale ultimo quantunque non si trovi espresso nelle fonti, pur di leggieri si sottintende, armonizzando così anche su questo punto coll'*actio* (1).

L'Editto del magistrato non esaurisce adunque tutta la sorgente degl'interdetti; ma del modo stesso che quelli formulati possono modificarsi, senza che stiano siffatte modificazioni nell'*albo*, così possono crearsene intieramente dei nuovi.

Il comando del magistrato non è assoluto, ma condizionato, sia che la condizione venga espressa nella concezione della formula, sia che necessariamente risulti dall'insieme della stessa, quantunque in modo incondizionato concepita (2). E ciò perchè il magistrato non entra nel merito della causa, nell'emettere la sua ordinanza non profferisce sentenza; ma apre la via ad un futuro giudizio nel caso che l'interposizione della sua autorità resti inefficace.

Un altro requisito del comando è l'essere attuale. Nelle azioni il magistrato premette che le *concederà* tutte le volte che occorrono i casi preveduti nell'editto o dedotti per interpretazione: *iudicium dabo, iudicium accipere iubebo, in iudicio adiciam, noxae dedi iubebo, satisdare iubebo* ecc. negl'interdetti per l'opposto, guarda al presente: *restituas, exhibeas, ne facias, veto.*

Il comando è diretto sulla dimanda dell'attore contro il reo: *quominus illi via publica, itinere pubblico agere liceat, vim fieri veto*; il che distingue la formula interdittale da quella rilasciata alle parti nel ricevere il giudice, in cui l'ordine di condannare o di assolvere è diretta a costui; *si paret condemna si non paret absolve.*

Il comando esser dee preceduto dalla cognizione dei fatti e delle circostanze sulla base dei quali s'impetra. Noi non sappiamo

(1) l. 2 §§ 6, 8, 39 D. ne quid in loco public. XLIII, 8. L. 1 § 12 D. de flum. ne quid in flum. publ. XLIII, 12. L. 1 § 8. D. ut in flum. publ. navig. XLIII, 14. L. 17 de vi et vi armata XLIII, 16. Così nell'interdetto *unde vi* è detto: *aut familia tua deiecit*, e contro questa è dato l'interdetto; ma se è il figlio o un mercenario che *deiecit?* la persona si cangia, perchè nè il figlio nè il mercenario costituiscono il concetto della famiglia; in tal caso, si filius familias vel mercenarius vi deiecerit utile competit interdictum. L. 1 § 20 de vi et vi armata XLIII, 16.

(2) Vedi Carl A. Schmidt, das Interdictenverfahren der Römer, pag. 8-12.

concepire un comando che parta dal Magistrato sopra fatti che esclusivamente si riferiscono al suo imperio, senza una previa conoscenza degli stessi. A ciò specialmente alludono le parole di Gaio: *certis ex causis praetor aut proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponit*: vale a dire, che il Magistrato per taluno controversie, esclusivamente e principalmente esaurisce da se tutta la *cognitio*, interpone tutta la sua autorità. Qualora non fosse stato l'interdetto preceduto dalla *cognitio*, non potea Gaio dire, che il magistrato *auctoritatem suam finiendis controversis interponit*; in qual modo avrebbe potuto esser posto un termine alle controversie innanzi al magistrato, senza prender atto delle pruove.

Nelle fonti l'adduzione delle pruove facilmente si sottintende laddove parlasi di una *defensio* da parte del reo (1), e dell'*aestimatio ex causa* da parte del magistrato sull'ammissibilità o no delle eccezioni (2). Per l'opposto il magistrato, senz'altro, concede l'interdetto tutte le volte che il reo confessa il fatto, il quale ne costituisce il fondamento (3). Risulta da ciò che l'interdetto tende a por fine a una controversia, che in se stessa come verrà dimostrato, non ha un appoggio giuridico; se no, tende a creare un rapporto in virtù del quale la controversia possa essere portata innanzi al giudice con l'ordinario procedimento, tutte le volte che il reo non presta ascolto al comando; ma in quest'ultimo caso non è più il fatto nudo ed originario che viene in decisione, bensì: *an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit quod is fieri iusserit* (4).

Sull'origine degl'interdetti le fonti tacciono, e la letteratura si divide in opinioni diverse. Ch'essa debba essere remota non revocasi in dubbio da nessuno, mentre già ai tempi di Cicerone a-

(1) Hoc interdictum (de homine libero exhibendo) et in absentem esse rogandum Labeo scribit; sed si non *defendatur* in bona eius eundum est. L. 3 § 14 D. de hom. lib. exhib. XLIII, 29.

(2) Hoc iure utimur: ut Praetor *ex causa aestimet*, an hanc exceptionem (quod eius ripae muniendae causa non fiet) dari debeat. L. 1 § 6 D. ne quid in flumine publ. XLIII, 13. vedi L. 1 § 3. L. 7 § 7 D. quod vi aut clam. XLIII, 24.

(3) L. 6 § 2. D. de confessis XLIII, 2.

(4) Gai. IV, 141.

vevano una storia propria. Dovendo edificar sulle ipotesi per manco di base reali, inchiniam nell'avviso che tanto remota è l'origine degl'interdetti quanto quella delle azioni della legge; e quindi ben altra ragione, che non il *beneficium celeritatis* (1) abbia lor dato nascimento.

Questa lontananza di origine l'argomentiamo dalle parole di Gaio: *praetor principaliter auctoritatem suam interponit*: a che questa interposizione di autorità, quando avrebbe egli in forza della sua giurisdizione potuto concedere un'*actio in factum*? perchè far uso esclusivamente dell'imperio, quando gli sta dinnanzi il vasto campo delle azioni *utili* e in *factum*? Che sia stato un semplice capriccio del magistrato quello d'interporre o la sua *auctoritas* ovveramente la sua *iurisdictio* non osiamo immaginarlo; sicchè ci resta ad ammettere una necessità, per la quale egli far non potea a meno se non di adoperare il suo imperio per dirimere talune controversie. Questo supposto ci conduce al tempo, in cui per il rigore delle leggi, la sacramentalità e il formalismo delle loro espressioni, vietato era il riconoscere altro diritto che non si fosse compreso nel suono materiale delle parole, vietato quindi al magistrato d'introdurre la menoma innovazione, e perciò a far uso della sua *jurisdictio* al di la di ciò che le leggi esprimevano. In queste condizioni di cose, per la difesa e la tutela di taluni rapporti della legge non considerati, e che pure di grande interesse si erano al mantenimento dell'ordine pubblico, altro non rimaneva al magistrato che di spiegare il suo imperio, e con esso definire le controversie provenienti dai rapporti cennati. E siccome innanzi che la *iurisdictio* smembrata fosse *in ius* e *in judicium*, il magistrato in virtù di essa esauriva tutta la *cognitio* delle primissime azioni della legge, così in virtù dell'imperio esauriva quelle dei rapporti fuori di queste azioni, ed emetteva l'interdetto, come quivi la sentenza. La distinzione del *ius* dal *iudicium* per le cause civili modificò, anche il procedimento interdittale e offrì la possibilità del giudice anche in questo.

E che l'origine degl'interdetti rimonti all'epoca cennata, in cui lecito non era al magistrato di far uso della sua giurisdizio-

(1) In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne, quod *beneficio celeritatis inventum est*, subdatur incuriis tarditatis. L. 22. C. Th. quorum appell. XI, 36.

ne, ce lo compruova ancora il fatto, che al tempo del diritto pretorio, il magistrato a fianco di molti interdetti prese a creare altrettante *actiones in factum*, degli uni e delle altre abbandonando la scelta all' attore (1). Or non è a supporre ch' egli avrebbo queste azioni concesse fin dal principio, qualora avesse potuto altrimenti apportar soccorso che non col suo *imperium?* Egli è vero che nuovi interdetti furono anche in questo secondo periodo introdotti, come l'*interdictum fraudatorium, de tabulis exhibendis*, ecc. mentre stato sarebbe in suo potere di provvedere con semplici *actiones in factum* e utili. Ma ciò altro non prova, che il magistrato, quando lo reputava convenevole ed espediente, seguitò a far uso del suo *imperium*, sul presupposto che si sarebbe accorciata la procedura, qualora avesse il reo ubbidito al suo comando, o che sarebbero all' attore maggiori vantaggi derivati con un giudizio fondato sopra un' interdetto, anzichè sopra un' azione *in factum*, e altrimenti (2).

Lo scopo onde furono gl' interdetti introdotti co ne raflerma ancora l'antichità dell' origine. La legge nel suo rigore non abbracciando tutti i rapporti possibili, era pur d' uopo che ben por tempo si fosse a questi provveduto tutte le volte che si fossero manifestati; or non è a credere ch' essi si siano lasciati lunga-

(1) L. 9 D. de relig. XI, 7. L. 3, §§ 2, 4 D. ne vis fiat XLIII, 4. L. 1 pr § 1 D. de superf. XLIII, 18.

(2) Così, per il diritto di superficie esiste un' actio civilis; pure si concede l' interdetto: sed longe utile visum est, quia incertum erat, an locati existeret, et quia melius est possidere, potius quam in personam experiri, *hoc interdictum* (de superficie) proponere et quasi in rem actionem polliceri, e ciò a favore del conduttore e del compratore; quantunque se fossero stati impediti da un terzo nell'esercizio del loro diritto avrebbero potuto farsi dal dominius prestare e cedere le sue azioni. Nell'interdictum de tabulis *exhibendis* il pretore può accomodare ed estendere *l'actio civilis ad exhibendum*, ma il vantaggio che viene dall' interdetto all'attore e immenso, perchè la condemnatio huius iudicii quanti interfuit aestimari debet. Quare si heres scriptus hoc interdicto experiatur ad hereditatem referenda est aestimatio. L. 3 §§ 11, 12 de tab. exhib. XLIII, 5. Inoltre in taluni casi l'interdetto fa evitare degl'inconvenienti che porterebbe l'actio, così: si sint tabulae apud pupillum et dolo tutoris desierint esse, in ipsum tutorem competit interdictum, aequum enim est ipsum *ex delicto* suo teneri non pupillum; non così con un' actio. L. 4 D de tab exhib. cit.

mente attendere e che durante il dominio delle azioni della legge sorte non siano delle controversie alle quali, per non essersi potuto diversamente rimediare, non fosse stato riparato coll'impero del magistrato; impero che malamente si confonde colle disposizioni amministrative e di pulizia giacchè era diretto a far acquistare una specie di carattere giuridico a fatti che per se stessi ne andavano dell'intutto privi, e formava quindi un complemento del sistema generale civile e processuale.

E che questo sia stato lo scopo degl'interdetti chiaramente risulta dalla preziosa testimonianza di Festo sull'*interdictum uti possidetis* così concepita: *Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut adificii, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est (nisi in) rebus quae tangi possunt, neque qui dicit se possidere in suam rem (his vere?) potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his qui possessionem suam vocare audeat, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: « uti nunc possidetis eum fundum q. d. a. quod nec vi, nec clam, nec praecario alter ab altero possidetis ita possideatis, adversus eum vim fieri veto »* (1). Le quistioni intorno al possesso non potevano essere trattate colle *legitimae actiones:* il diritto antico quiritario non riconosceva questo rapporto di semplice possesso, perché *ex iure quiritium unusquisque dominus erat aut non intelligebatur dominus* (2). Eppure questo rapporto in Roma è antico quanto quello della proprietà: perocchè fin dalle prime conquiste sotto i Re, l'*ager* delle città conquistate cadeva al popolo romano in virtù di semplice occupazione, onde veniva detto *ager occupatorius*, distribuivasi ai privati per averne solamente l'uso, appartenendo allo stato il diritto di proproprietà e di disposizione. Or di questi campi dei quali *nullum est aes, nulla forma, quae pubblicae fidei testimonium possessoribus reddat, quoniam non ex mensuris actis unusquisque (miles) modum accepit, sed quod aut excoluit aut ex spem colendi occupavit* (3); di questi campi dei quali, *non solum tantum occupabat unusquisque quantum colere praesenti tempore poterat, sed quantum in spem colendi habuerat ambiebat* (4), le controversie che avrebbero potuto

(1) Fest. V. *possessio.*
(2) Gai. II, 40.
(3) Siculus Flaccus, de condic. agrorum p. 138.
(4) Hyginuus, de condic. agrorum. p. 115.

sorgere non altrimenti esser potevano eliminate se non coll'impero del magistrato, ossia per mezzo degl' interdetti, che raffermano o fanno ricuperare il possesso, che consolidano lo *stato quo*, e stabiliscono quindi un nuovo rapporto giuridico, finchè il diritto *pretorio* viene a riconoscere lo stato giuridico delle cose *in bonis*. Se dunque i rapporti del possesso antichissimi sono in Roma quanto quello della proprietà, ne scende di conseguenza che la difesa degli stessi anche a quei primi tempi rimonta, e che quindi se per la proprietà la prima difesa fu l'*actio sacramento*, per il possesso furono gl'interdetti *retinendae* e *recuperandae possessonis*. E giacchè il possesso in se non formava un rapporto giuridico, ne siegue che gl' interdetti per esso concessi, e conseguentemente tutti gl'interdetti, altro scopo non ebbero nella loro origine che quello di proteggere rapporti di tal fatta.

Da queste considerazioni portati siamo a conchiudere, che i primi interdetti furono occasionati *rei familiaris tuendi causa*. Giacchè, le cose sacre e le pubbliche essendosi fin dal bel principio trovate sia sotto la protezione del diritto pontificale, sia sotto la difesa immediata del magistrato come capo di pulizia e sorvegliatore al mantenimento dell' ordine pubblico; da una parte non poteva dirsi che bisognato avessero di una difesa tutta speciale, e dall'altra avevano un carattere di diritto religioso e pubblico, ch'era sufficiente per tutelarle. Non così le cose familiari o private, che prive di carattere giuridico, erano prive altresì di difesa, e quindi, come di maggiore interesse per l'ordine pubblico, determinarono l'*imperium* del magistrato a venir loro in soccorso (1). Le cose religiose e pubbliche probabilmente presero ad entrare sotto l'impero del magistrato, e richiesero la tutela degl' interdetti man ma-

(1) Saremmo quasi tentati a dedurre dalla voce stessa *interdictum* la base della nostra conclusione, sembrandoci di trovare in essa scolpita non solo l' idea dell'individualità delle persone tra le quali il decreto del magistrato è concesso, ma ancora l' individualità degl'interessi privati pei quali è emesso; sicchè originariamente dovette riferirsi a questi interessi. Ed è rimarchevole l' espressione di Gaio, che ci dice allora massimamente il magistrato interporre la sua autorità quando si contende intorno al possesso o quasi possesso; quod tum *maxime facit* cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur; quasi voglia indicarsi, che in senso proprio e rigoroso l'interdetto appartiene a queste controversie d' interessi privati.

no che la loro violazione nella penale contro il turbatore cominciò a prendere un caretterè civile e privato.

B. Classificazioni degl'interdetti.

La principale divisione degl' interdetti è quella che dalla natura del comando si fa in *exhibitoria, restitutoria*, e *prohibitoria*, secondo che il magistrato impone taluni fatti o li vieta (1).

Gli esibitori hanno per loro obbietto o una cosa mobile o un uomo libero; nel primo caso si esibisce col *materiae ipsius apprehendendae copiam facere* (2), nel secondo caso coll'*in publicum producere et videndi tangendi hominis facultatem praebere* (3).

Gl'interdetti restitutori tendono a mettere una persona in possesso di una cosa sia mobile sia immobile, o a mettere la cosa stessa nello stato in che si sarebbo al momento pria della turbativa trovata. Nel concetto della restituzione della cosa a una persona, non solo si racchiude la restituzione nello stato di possesso per gl' interdetti *acquirendae, recuperandae possessionis*, e *quorum bonorum;* ma sì ancora la restituzione dei frutti e dei danni (4). Il concetto della restituzione di una cosa nello stato innanzi la turbativa abbraccia soltanto le cose immobili, si estende al risarcimento dei danni, e quindi a porre la persona nello stato in che si sarebbe trovata, se lo stato della cosa per colpa del reo non fosse andato cangiato o modificato (5).

(1) Gai IV, 140, 142, § 1 Inst. de Interd. IV, 15, L. 1 § 2 D. de In terd. XLIII, 1.

(2) L. 3 § 8 D. de tab. exhib. XLIII, 5.

(3) L. 3 § 8 de hom. lib. exhib. XLIII, 29.

(4) Vedi Schmidt cit. pag. 40-46. L. 2 § 43 D. ne quid in loco pub. XLIII, 8. L. 22 D. de operis novi nunciat. XXXIX, 1. Qui vi deiectus est quidquid damni senserit ob hoc quod deiectus est recuperare debet, pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat si non fuisset reiectus. L. 1 § 31 vi et vi armata XLIII, 16. Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto babetur, verum ceterarum etiam utilitatum babenda est; nam et Vivianus refert, in hoc interdicto omnia quaecunque habiturus vel asseculurus erat is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui, aut eorum litem a iudice aestimari debere, eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, si vi deiectum non esse L. 1 § 41, D. cit.

(5) Officio autem iudicis ita oportere fieri restitutionem iudicandum

Gl' interdetti proibitori sono comandi per i quali s' impone di non attaccare violentemente un rapporto altrui: *vim fieri veto;* o di tralasciare alcuni fatti che si vorrebbero compiere per proprio vantaggio (1): *in loco sacro, in via publica facere, immittere quid veto.*

Una seconda divisione degl' interdetti, è quella che si riferisce alle cose divine e alle cose umane, secondo la diversità dei rapporti ch' essi tendono a creare. *Divini iuris causa* sono gl' interdetti che tutelano le cose religiose e sacre, come: *ne quid in loco sacro fiat, vel quod factum est restituatur, de mortuo inferendo, vel sepulchro aedificando.* Gl'interdetti *hominum causa* si concedono 1. *ad publicam utilitatem,* come sono tutti gl' interdetti popolari, che tendono a conservare le pubbliche piazze, vie, fiumi, e ad assicurarne il libero uso ad ognuno; 2. *sui iuris tuendi causa,* p. e. *de liberis exihibendis de liberto exhibendo;* 3. *offici causa* trattandosi della libertà di un' estraneo, come: *de homine libero exhibendo;* 4. *rei familiaris causa,* che si riportano al proprio patrimonio, e formano la classe più importante (2).

G' interdetti che proteggono le cose familiari per lo più riguardano il possesso o quasi possesso, costituendo così una terza classificazione, che *adipiscendae possessionis causa comparata sunt, vel retinendae vet reciperandae,* e che vanno intesi sotto l'espressione d' *interdetti possessori*, dei quali il primo e l' ultimo sono esibitori, il secondo proibitorio.

1. L' *interdictum adipiscendae possessionis* ha un carattere tutto processuale. Nella *rei vindicatio, hereditatis petitio, actio confessoria* tutte le volte che fosse sortà questione sul possesso, questo accordavasi alla parte che l' avesse impetrato sulla base dell' *interdictum retinendae possessionis;* mancando questa base o le ragioni altrove cennate per regolare il possesso provvisorio, il ma-

est, ut in omni causa eadem conditio sit actoris quae futura esset, si id opus de quo actum est, neque vi neque clam factum esset. L. 15 § 7 D. de vi aut clam XLIII, 13. V. Schmidt p. 38, 39.

(1) Prohibitoria sunt quibus vetat aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortum inferenti, quo ei ius erat inferenti, vel in sacro loco aedificare, vel in flumine publico ripave eius aliquid quo peius navigetur. § 1 Inst. de interd IV, 15. Gai IV, 140.

(2) L. 1 pr. L. 2 § 1 D. de interdictis XLIII, 1.

gistrato lo lasciava all' attuale possessore, condizionato però da una cauzione che dovea prestare al vindicante (*sicut corpora vindicanti ita et ius satisdari oportet*) *pro praede litis et vindiciarum*. Qualora egli rifiutavasi a questa cauzione, si riteneva come se non avesse voluto difendersi, e quindi il vindicante era in diritto di domandare al magistrato gl'interdetti *quem fundum*, *quam haereditatem*, *quem usumfructum vindicare velit*, in virtù dei quali il possessore trasmetteva o volontariamente o forzatamente al vindicante il possesso, sia che, quest' ultimo non avesse giammai posseduto, sia che avesse posseduto, ma poscia abbia perduto il possesso. Il vantaggio del vindicante era sommo perchè come possessore era dispensato dall' obbligo della pruova (1).

2. L' *interdictum retinendae possessionis* è concesso al possidente allo scopo di non perdere il possesso, tutte le volte che si esercita violenza contro di lui (2): è quindi un comando di non commettersi violenze che possano turbare il possesso.

La concezione della formula già poco avanti riferita è la seguente: *uti nunc possidetis, eum fundum, q. d. a. quod nec vi, nec clam, nec precario, alter ob altero possidetis, ita possideatis adversus ea vim fieri veto* (3).

Quest' interdetto si riferisce alle cose immobili sia un fondo, sia

(1) Adipiscendae quam recuperandae possessionis, qualia sunt interdicta quem fundum et quam hereditatem; nam si fundum vel hereditatem ab aliquo petam, nec is defendat cogitur ad me trasferre possessionem, sive nunquam possedi, sive ante possedi deinde amisi possessionem Ulp. Inst. Frag. Endlicher IV, ediz. Huschke Iurispr. anteiust. pag. 226. « A quo usufructus petetur si rem nolit defendere ». Sicut corpora vindicanti, ita et ius, satisdari oportet et ideo necessario ad exemplum interdicti *quem fundum* proponitur etiam ei interdictum *quem usumfructum vindicare velit* de restituendo usufructu. Frag. Vat. 92. Il Rudorff restituisce l'interdictum *quem fundum* nel modo che siegue: quem fundum ille a te vindicare velit eum, si rem nolit defendere, illi restituas antequam a jure exeas. Edict. perp. § 244.

(2) Huius rei causa redditur, ne vis fiat ei qui possidet. Et consequenter proponitur post interdictum *unde vi*; illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur ne omittatur possessio. L. 1 § 4 D. uti possid. XLIII, 17.

(3) Fest. V. *possessio*. L. 1. pr. D. uti possid. XLIII, 17: sull' interdetto de aedibus coll' omissione della particella *nunc*, Gai. IV, 149, 160.

una casa: mentre per le cose mobili havvi l'*interdictum utrubi* così concepito: *utrubi hic homo quo de agitur nec vi, nec clam, nec precario ab altero fuit apud quem maiore parte huiusce anni fuit quominus is eum ducat vim fieri veto* (1). La voce *vis* non ha il significato rigoroso che vuolsi legare alla medesima ; per essa s'intende qualunque fatto che direttamente o indirettamente impedisce al possidente di liberamente usare del possesso (2).

L'interdetto *retinendae possionis* originariamente, per come sopra fu detto, dovette servire a dirimere le controversie di puro possesso per le quali impossibile era il ricorrere alle azioni della legge. Nè per la questione possessoria nell' *actio sacramento in rem* poteasi ricorrere all' interdetto *uti possidetis* o *utrubi* (3) tutte volte che il magistrato dovea assegnare il possesso provvisorio, quando dalla legge erano espressamente ordinate le *vindiciae*. Fu nel secondo periodo, nel sistema formulario, che nella rivendica della proprietà, quando nasceva questione, *uter ex ligatoribus possideri et uter petere debebat*, si applicarono dal magistrato gl'interdetti *uti possidetis et utrubi*, facendo così servire la questione possessoria di preliminare alla petitoria. In questo senso bisogna intendere le due autorità di Gaio e di Ulpiano, che certamente non parlano dell' origine e della vera causa di questi interdetti (4).

(1) Così restituito da Rudorff. Edict. perp. § 268. Vedi L. 1 pr. D. de Utrubi XLIII, 31.

(2) Vim facit qui non sinit possidentem eo, quo possidebit, uti arbitrio suo : sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit. L. 11 de vi et vi armata XLIII, 16. Vedi Savigny, Besitz pag. 477.

(3) La menzione più antica dell'interdictum *utrubi* trovasi in Planto: *Sog.* utrum amicam *utrubi* adcumbamus? *Stich.* Abi tu sane superior V, 4, 29.

(4) Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi cum ab utraque parte de proprietate alicuius rei controversia est, et ante quaeritur uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat, cuius rei gratia comparata sunt uti possidetis et utrubi. Gai. IV, 148. Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit, quod separata esse debet possessio a proprietate. Inter litigatores ergo quoties est proprietatis controversia, aut convenit inter litigatores uter possessor sit uter petitor,

La formula di questi interdetti contiene un comando diretto ad ambedue le parti litiganti, che pretendono di essere possessori, acciò si astengono da fatti violenti sul possesso: *vim fieri veto.* Sicchè quando l'uno o l'altro possiede senza i vizî del *vim*, *clam, et precario*, in virtù dell'interdetto vengono costituiti nello *statu quo* possessorio. L'emissione dell'interdetto presuppone l'uso già fatto della forza, nonostante la quale il possesso è rimasto presso il violentato, e tende a impedire una violenza futura; se questa violenza futura non ha luogo, allora lo scopo del l'interdetto è conseguito, altrimenti bisogna distinguere tra i primi tempi della sua introduzione e quelli susseguenti.

Nei primi tempi il magistrato sbrigando in forza della sua autorità tutta la controversia, costringeva il violentatore alla restituzione; nei tempi susseguenti rimetteva le parti a un giudizio. Nell'uno e nell'altro caso, l'uso della forza era necessario, perchè non si sarebbe potuto altrimenti contravvenire al *vim fieri veto.* Nelle cause di rivendicazione, qualora era posto in questione il possesso, e le parti non convenissero in un accordo, il magistrato a sciogliere la controversia faceva uso dell'interdetto; il che avea per effetto di stabilire *uter possessor sit uter petitor*, cioè di addire il possesso a che vi si trovava dentro a tempo dell'interdetto, senza i vizî possessorii (1); di costituire lo *statu quo*, fin-

aut non convenit. Si convenit absolutum est: ille possessoris commodo, quem convenit possidere, ille petitoris onere fungetur. Sed si inter ipsos contendatur uter possideat, quia alteruter se magis pondere affirmat: tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum remittitur. L. 1, §§ 2, 3. D. uti possid. XLIII, 17.

(1) Che coll'interdetto il magistrato destinava le parti di possessore e di petitore, e che fosse stato emesso a questo scopo, si rileva di leggieri dal contesto della L. 1 §§ 2-3, uti possidetis cit. Giacchè se l'accordo delle parti dovea portare a questo risultato, e se l'interdetto si sostituiva a questo accordo, tutte le volte che non avessero potuto convenire insieme, bisogna dire che dovea dar fuori il risultato medesimo. Io non capisco perchè debba ammettersi la necessità di un giudizio dopo dato l'interdetto: se le parti si acquetano all'interdetto, allora lo scopo è asseguito come per comune accordo; se non si acquetano, allora bisogna attendere che si trasgredisca il divieto, perchè il giudizio è sull'interdetto, e deve essere istituito se l'interdetto siasi o no osservato. Il supporre delle finzioni, il trovar la forza altrove che non sia nell'intenzione dell'interdetto, l'ammettere una *vis* convenzionale mi sembrano tutte inutili sottigliezze e che a nulla conducono.

tanto che la decisione sulla proprietà avesse portata la risoluzione diffinitiva.

3. Se l'uso della forza contro il possidente, il quale continua tuttavia a rimanere nel suo possesso occasiona l'interdetto *uti possidetis* ed *Utrubi*; l'uso della forza, che ha per effetto la espulsione del possidente dal suo possesso, occasiona i due interdetti *unde vi* e *de vi armata*, distinti tra loro dalla natura della violenza, e quindi dai diversi effetti ordinati alla ricuperazione del possesso perduto: *recuperandae possessionis causa*.

L'*interdictum unde vi* riguarda la forza semplice, quotidiana, quale suolsi per l'ordinario esercitare. La formula sarebbe: *Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti, cum ille possideret, quod eius nec vi nec clam, nec precario possideret ab eo qui eum ea possessione vi eiecit, eo illum quaeque tunc ibi habuit, restituas* (1).

L'*interdictum de vi armata* concedesi allorquando la forza è accompagnata e fatta colle armi, e porta seco l'*atrocitas facinoris* (2). La formula sarebbe: *Unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius vi hominibus coactis, armatisve deiecisti, q. d. a. eo illum quaeque tunc ille ibi habuit restituas* (3).

Questi due interdetti si danno al *deiectus* da una cosa immobile (4); non già da una mobile per la quale può il *deiectus* servirsi di altri mezzi (5), specialmente dell'interdetto *utrubi*. Questi due

(1) Restituita dal Rudorff Edict. perp. § 241.

(2) Come debba intendersi *armis deiectus* ce lo spiega Ulpiano: Armis deiectus quomodo accipiamus? Arma sunt omnia tela; hoc est et fustes, et lapides; non solum gladii, hastae, frameae id est rompae. Plane et si unus vel alter fustem vel gladium tenuit, armis deiectus possessor videtur. Plus dicitur etsi inermes venerant, si in ipsa concertatione qui inermes venerant eo processerunt, ut fustes et lapides sumerent: vis erit armata. Qui armati venerunt et si armis non sunt usi ad deiiciendum sed deiecerunt: armata vis facta esse videtur; sufficit enim terror armorum, ut videantur armis deiecisse. L. 3 § 2-5. D. de vi et vi armata, XLIII, 16. Vedi Paul. VI, 4 6 tanto per la vis semplice quanto per la vis armata.

(3) Restituito da Rudorff § 242 cit. La formula della L. 1 pr. de vi armata XLIII. 16 appare chiaramente essere interpolata dai compilatori, che ne fanno un mostro che termina col *iudicium dabo*.

(4) L. 1 §§ 3, 4, eod.

(5) Interdictum hoc ad res mobiles non pertinere, nam ex causa furti,

interdetti nel nuovo diritto furono confusi insieme, e ne uscì fuori una sola azione colla quale tutte le differenze sparirono.

L' *interdictum unde vi* concedesi al *deiectus*, il quale al momento della deiezione si trova in possesso (1); dapoichè non altri può ritenersi per deietto se non colui che perde il possesso (2), poco importando la natura dello stesso, sia civile sia naturale (3). È perciò, che anche il possessore violento, quando è scacciato da un altro ha diritto all' interdetto; mentre nell' accordar questo non è della *causa possessionis* che si tiene conto, la quale poco rileva se sia giusta o ingiusta, bensì del puro fatto del possesso; essendo che chi possiede ha diritto maggiore di colui che non possiede, qualunque siasi la natura del suo possesso (4).

Esso è dato contro il deiciente, sia che abbia da se stesso esercitata la violenza, sia per mezzo di mandatarî e di procuratori, anche nel caso del non mandato ma della *ratiabizione*, perchè nel maleficio la *ratihabitio* va comparata al mandato (5); esso è dato contro il deiciente quando ancora l'espulsione siasi effettuata dalla sua famiglia; ma non si rilascia al liberto contro il patrono, nè ai figli contro i genitori (6).

L'*interdictum de vi armata* si rilascia altresì al semplice detentore (7) senza aver riguardo ai vizi possessori (8), e contro qualsiasi *qui dolo malo facit quo quis armis deiiceretur* (9), non che

vel vi bonorum raptorum actio competit, potest ad exhibendum agi L. 1 § 6 D. cit.

(1) Deiicitur vero qui amittit possessionem. L. 1 § 26.

(2) Deiicitur is qui possidet sive civiliter sive naturaliter possideat; nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. L. 1 § 9 cit.

(3) Qui a me possidebat si ab alio deiiciatur habet interdictum. L. 1 § 30 D. L. 7. Vedi L. 8 cit.

(4) Iusta enim an iniusta adversos ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil referet; qualiscunqne enim possessor, hoc ipso quod possessor est plus iuris habet, quam ille qui non possidet. L. 2 D. uti possid. XLIII, 17.

(5) L. 1 §§ 11-14. L. 3 § 10. D. de vi et vi armata, XLIII, 16.

(6) L. 1 § 43 D. eod.

(7) Cic. pro Caec. 31, 32. Gai, IV, 35.

(8) L. 3 § 12 D. eod.

(9) L. 1 § 43 D. eod.

si permette al liberto e al figlio contro al patrono e ai parenti (1).

Contro l'interdetto *unde vi* puossi far valere il *nec vi nec clam, nec precario* (2), non così nell' altro (3).

Gl'interdetti recuperatori si trasmettono agli eredi (4), non contro gli eredi, verso i quali solamente si ha l'*actio in factum in id quod ad eos pervenit* (5).

I principi dell' *interdictum unde vi*, quanto alla *possessio*, valgono ancora rispetto alla *quasi possessio*, ossia all'usufrutto e all'uso tutte le volte che all' usufruttuario e all' usuario si proibisce di usure e di godere dell'usufrutto e dell'uso del fondo e della cosa. La proibizione da parte del deiciente si effettua o col cacciare violentemente il quasi possidente, o col non ammetterlo più nella cosa immobile dalla quale erasi allontanato senza intenzione di lasciare l'uso e l'usufrutto (6). Quest'interdetto essendo accordato a un deietto, il quale *proprie deiectus dici non potest*, perchè nel senso proprio della parola l'usufruttuario *non possidet;* perciò più che una analogia, può dirsi un'applicazione ad un caso nuovo dal magistrato fatta e proposta nell' editto come interdetto utile (7).

Un'altra divisione degl'interdetti è quella che si fa in semplici e doppî *(simplicia et duplicia)*. Semplici sono tutti gl'interdetti restitutori ed esibitori, perchè in essi necessariamente uno è attore, e l'altro reo. I proibitori sono altri semplici e altri doppi: a quest' ultima classe appartengono l'*uti possidetis*, l'*utrubi*, e per imitazione l'*interdictum de superficie.* Non già che questi abbiano il carattere solamente della duplicità, essi possono essere anche semplici, e

(1) L. 1 § 43, D. de vi et vi arm. XLIII, 16.

(2) Gai IV, 154. Cic. pro Tull. 44. pro Caec. 39.

(3) Praetor interdixit ut est consuetudo: de vi hominibus armatis sine ulla exceptione, tantum ut inde deiecisset restitueret. Cic. pro Caec. 8, 32.

(4) Hoc interdictum et heredi et ceteris successoribus competit. L. 1 § 44 D. eod.

(5) Ex causa huius interdicti in heredem et bonorum possessorem ceterosque successores in factum actio competit, in id quod ad eos pervenit. L. 1 § 48, eod.

(6) Uti frui autem prohibuisse is videtur, qui vi deiecit utentem et fruentum, aut non admisit, cum ex fundo exisset non usufructus deserendi causa. L. 3 § 14 eod.

(7) Vedi L. 3 §§ 13-18 eod. Vat Frag. 90, 91, Wangerow, Lehrbuch der Pand. ed. 7 § 255 anm. 2, n. 2. Rudorff. Edict. per. § 243.

spesso sono così formulati del magistrato. La loro natura sta in ciò riposta, che l'istesso divieto del magistrato colpisce ambidue i litiganti, senza distinzione alcuna, di chi sia attore e chi reo: perchè tutte e due trovansi nella condizione di essere nè l'uno esclusivamente attore, nè l'altro esclusivamente reo, ma ciascheduno sostiene ambe le parti: insomma sono formole e concezioni di parole che nella loro unità contengono una duplicità di comando (1). Ei sembra che questo carattere della duplicità per l' interdetto *uti possidetis* (non diciamo degli altri due, perchè l' uno è imitazione dell'altro, e le notizie sono incomplete) sia stato originario, e che quindi non siagli sopraggiunto allorchè coll'abolizione della *legis actiones* fu trasportato, a vece delle *vindiciae*, a regolare la quistione possessoria. L'ipotesi, che negli *agri occupatorii*, due individui, nella stessa estensione di terre, avessero potuto occupar tanto quanto *in spem colendi habuerint*, per modo che la speranza dell' uno si fosse estesa nella speranza dell' altro, e quindi la pretesa ad una specie di possesso da ambedue le parti, giustificherebbe la nostra supposizione.

A seconda che il comando del magistrato abbia per base un fatto attuale, compiuto al momento che emette la formula, o che si appoggi a un fatto già passato o che deve servir di regola al comando attuale; gl'interdetti si distingono *in praesens* e *in praeteritum relata* (2).

Un'altra classificazione è quella d' interdetti, i quali *rei persecutionem continent, vel non continent*. Essa non abbraccia tutti gl'interdetti; un certo numero bensì, la specificazione dei quali, all'infuori di quelli dalle fonti espressamente indicati, è controversa tra gli scrittori: si dicono *rei persecutoria*, perchè contengono una causa di proprietà, o di quasi proprietà (3). Non già che l' interdetto

(1) Gai IV, 156-160; § 7 Inst. de interd. IV, 15, L. 3 § 1 D. uti possid. XLIII, 17. L. 1 pr. de superf. XLIII, 18.

(2) L. 1 § 2 D. interd. XLIII, 1. Vedi Schimidt. p. 76-81.

(3) Quaedam interdicta rei persecutionem continent, veluti de itinere actuque privato, nam proprietatis causam continet hoc interdictum, sed illa interdicta quae de locis sacris et religiosis proponuntur, veluti proprietatis causam continent. Item illa de liberis exhibibendis quae iuris tuendi causa diximus competere; ut non sit mirum, si quae interdicta ad rem familiarem pertinent proprietatis non possessionis causam ha-

serva a fondare un diritto di proprietà, o che sia esclusivamente basato su questo diritto, esso presuppone sempre il fatto e si fonda sullo stesso; ma oltre alla presupposizione dell' esistenza del fatto richiede per la sua validità la presupposizione dell'esistenza di un diritto, nella persona che lo chiede: questo diritto costitnisce la causa di proprietà, secondo la natura dell'obbieto cui l'interdetto s'indirizza.

Una breve esposizione dei casi enumerati dalla legge in nota riferita renderà più chiaro il concetto.

Un' interdetto che contiene una causa di proprietà è quello *de itinere actuque privato* in quanto si riferisce all'*interdictum reficiendi*, il quale trovasi sotto questa rubrica ; sicchè sono due diversi interdetti, il primo suona : *quo itinere actuque privato quo de agitur; vel via, hoc anno nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es: quominus ita utaris, vim fieri veto*; il secondo suona : *qui itinere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto* (1).

Il primo interdetto è accessibile a tutti, perchè il magistrato non istituisce alcuna ricerca sull' esistenza o no del diritto di servitù ; questo è indifferente. Essenziale è solo il fatto, che durante l' anno la servitù sia stata libera dei tre vizi del possesso (2).

beant. L. 2 § 2 D. de Inteed. XLIII, 1. Io reputo che prla di quest' ultima proposizione; *ut non sit mirum* ecc. e immediatamante dopo la voce *competere*, sia stato dai compilatori troncato via un periodo: dapoichè qui non abbiamo che un conseguente, che non ha rapporto di sintassi con quello che precede, l'antecedente manca. Probabilmente il giureconsulto avrà dovuto anche nominare qualche interdetto appartenento alla classe delle *res familiares*, e quindi soggiunto : sicchè non è a meravigliare ecc. (ut non sit mirnm), tanto più che qualunque altra interpretazione, o è troppo stiracchiata, e lo deve essere, o confonde la iuris tuendi causa e le res familiares tanto spiccatamente dal giureconsulto distinte nel § 1 di questa legge.

(1) L. 1 pr. L. 3 § 11 D. de itinero act. privato. XLIII, 19.

(2) Hoc interdicto praetor non inquirit, utrum habnit inre servitutem impositam an non, sed hoc tantum, an itinere actuqne hoc anno usus sit non vi, non clam, non precario. Sive igitur habuit ius viae, sive non habuit, in ea conditione est ut ad tuitionem praetoris pertineat. L. 1 § 2 D. eod.

Non così dell'altro interdetto: a questo può essere solamente ammesso colui che non pure ha esercitata la servitù per un anno scevro di ogni vizio, ma che dimostra di avere il *ius reficiendi*. Sicchè non più una, ma due condizioni si richiedono, cioè la dimostrazione dell'esercizio della servitù e il diritto alla servitù, una di queste mancando l'interdetto non ha più luogo. Laonde più non è sufficiente l'esistenza del fatto base dell'interdetto, vuolsi ancora la pruova del diritto; questo costituisce la causa di proprietà, e perciò l'interdetto *rei persecutionem continent. Hoc (interdictum) a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt; hoc autem interdicto eum demum uti posse qui hoc anno usus est, et ius sibi esse reficiendi doceat, ius autem esse videtur ei cui servitus debetur: Itaque qui hoc interdicto utitur duas res debet docere; et hoc anno se usum et ei servitutem competere. Ceterum si desit alterutrum deficit interdictum* (1). Simile a questo è l'interdetto *de acqua ex castello ducenda* (2).

Degl'interdetti *de locis sacris* poco trovasi nelle fonti per poter determinare il carattere della *veluti proprietatis causa*. Quelli *de locis religiosis* sono gl'interdetti *de mortuo infere do, et de sepulchro aedificando*. Il primo si deve al *dominus proprietatis*, quando trattasi specialmente *de loco puro;* si presuppone quindi che la proprietà del luogo vada staccata dal possesso, e che perciò non solo bisogna ch' esista il fatto che dà essere all'interdetto, ma conviene ancora dimostrare il diritto di proprietà, senza di che esso è nullo. Così ancora se trattasi di passare col cadavere per il campo altrui onde sepellirlo nel proprio: non basta il fatto di avere esercitata la servitù; altresì *erit probandum, si alia servitus debeatur* (3). Edificare un sepolcro dove non abbiamo diritto come lo si potrebbe? Se vogliamo dunque far uso dell'interdetto *de sepulchro aedificando* ed esserne difesi, ci conviene dimostrare, coll'opposizione ricevuta, il diritto che abbiamo di costruire il sepolcro.

Una *veluti proprietatis causa* hanno gl'interdetti *de liberis exhibendis* in numero plurale espressi dalla legge in discorso, mentre non è poi che un solo: ma in quella espressione si comprende ancora l'altro *de liberis ducendis*, e quindi la rubrica generale: *de liberis exhibendis, item ducendis*. I compilatori o i copisti avranno probabil-

(1) L. 3 § 13 D. eod.

(2) L. 1 §§ 38, 40, 45 D. de acqua quot. et aest. XLIII, 20.

(3) L. 1 pr. §§ 1, 2, 3 D. de mortuo infer. XI, 8.

mente tralasciato quest'ultima parola, se pur non voglia attribuirsi improprietà di linguaggio al giureconsulto, il che è assurdo. L'interdetto *de liberis exhibendis* appartiene a colui che gode della patria potestà e rivendica con questa qualità i figli suoi che trovansi sotto il potere altrui. Or perchè l'interdetto sia emesso, non basta il solo fatto che il figlio si trovi in potere altrui; si dee ancora provare che si ha sopra di lui il diritto della *patria potestas*: *si in potestate est.* Questo interdetto è preparatorio all' altro *de liberis ducendis*, e quindi anche qui si addomanda la stessa indispensabile condizione del *si in potestate est.* L'uno e l'altro non sono concessi contro il figlio, quando il loro scopo è la difesa di costui (1). Perchè la causa è una *veluti proprietas* ? Il diritto Romano per quanto abbia assimilato il diritto sopra i figli al dominio sulle cose, pure in questo istituto da per tutto nelle fonti traspare la differenza che tra l'uno e l'altro corre; il diritto sui figli non può essere in senso rigoroso una vera proprietà, la legge ne fa nondimanco qualche cosa di simile alla stessa; quindi la condizione del *ius*, in quest'interdetto, non può essere una *proprietas*, ma più giustamente, una *veluti proprietatis causa* (2).

Ulteriori divisioni degl' interdetti sono quelle di in *perpetua* e *annalia* (3), in *ad universitatem* e *ad singulares res pertinentia* (4), in *popularia* (5), in *noxalia* (6); e ciò secondo la loro durata, la

(1) Vedi l'intiero titolo de liberis exhibendis, item ducendis D. XLIII, 30.

(2) Noi tralasciamo la questione di sapere quali e quanti altri interdetti abbiano avuta una *proprietatis causa*: su ciò vedi Schmidt pag. 92-95. Ci sembra fuor di dubbio che degl' interdetti possessori, almeno l' *interdictum adipiscendae possessionis*, sia stato uno del numero: le ultime parole del frammento di Paolo, non possono che a questo riferirsi; appoggiati allo stesso frammento rigettiamo l'opinione di coloro, che stabiliscono tutti gl'interdetti relativi al posesso avere il carattere petitorio; dapoichè il giureconsulto accenna solamente ad alcuni; ut non sit mirum, si; quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis non possessionis causam habeant; vale a dire, non è a meravigliare, se alcuni interdetti che appartengono alle cose familiari, abbiano una causa di proprietà, non di possesso.

(3) L. 1, § 4, L. 4 D. de interd. XLIII, 1.

(4) L. 1 pr. D. interd.

(5) Vedi Schimidt pag. 126-136.

(6) L. 5 D. de interd. cit. Vedi Schimidt. pag. 171-180.

universalità o singolarità degli obbietti ai quali si riferiscono, le persone cui competono, i malefici che l'occasionano.

Gl'interdetti, nella formula quantunque abbiano una concezione *in rem*, pure nella loro forza sono personali (1).

C. Procedimento interdittale.

Nella procedura per gl'interdetti bisogna, a nostro avviso, distinguere tre momenti: il primo, dalla presentazione al magistrato alla concezione dell' interdetto; il secondo, da questa conceziono alla domanda dell'*actio arbitraria*, o alla *sponsio* nel caso di trasgredimento e disubbidienza al comando; il terzo, della presentazione al giudice fino all'esito del processo. Questi tre momenti, in antico, furono tutti esauriti dall'*auctoritas interposita*; coll'introduzione del giudice, l'ultimo cadde in sorte a costui, gli altri due costituirono il procedimento *in iure*, ora insieme congiunti e ora separati, secondo che si fosse trattato della domanda dell'*actio arbitiaria* immediatamente dopo emesso l' interdetto, o della *sponsio* dopo di avere abbandonato il tribunale del magistrato.

Il primo momento presuppone un fatto non giuridico, che non può dar diritto alla parte lesa di portar querela innanzi al magistrato. E come lo potrebbe quando la misura del diritto è l'azione della legge, e questa nelle sue forme generali è eminentemente sacramentale, ed esclude quindi ogni qualsiasi fatto che non si comprende nella sua cerchia di ferro?

Come potea dunque la parte lesa citare il ledente innanzi al magistrato per ottenere contro costui l'interdetto? L'opinione generale è quella, che l'attore chiamava il reo a comparire innanzi al magistrato colle formalità della *in ius vocatio* della procedura ordinaria. Ma se ciò può avere un' apparenza di vero quando gl'interdetti cessarono in sostanza di far parte dell' *imperium*, ed

(1) Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. L. 1 § 3 D. de interd. XLIII. 1. Il Brachylogus iuris civilis distingue gl' interdetti al pari che le azioni in reali e personali, ai primi assegna il carattere della perpetuità ai secondi quelli dell'annalità: et notandum quod tam interdicta quam etiam omnes actiones praetoriae si in rem sunt perpetuae sunt, si in personam anno terminantur, lib. 4 tit. 28 n. 4. Nè la distinzione, nè la stabile caratteristica si lasciano provare dalle fonti; è da supporre dunque che la scuola abbia recato le sue nuove vedute sul riguardo.

entrarono nel dominio generale della giurisdizione; e quando gli interdetti presero ad estendersi anche a rapporti giuridici; ci sembra che manchi di fondamento, quando si guardino gl' interdetti nella loro origine contemporanea alle azioni della legge. La *in ius vocatio* presuppone nel citante un diritto rigoroso, e anch'essa è quindi un diritto; ma questa presupposto manca nell'interdetto; sicchè non sarebbe stato giammai consentito all' implorante di servirsi per fatti non giuridici di forme processuali giuridiche, specialmente se si consideri che coll'antica *in ius vocatio* accompagnavasi la *manus iniectio* nei casi di renitenza: si sarebbe mai permesso di manomettere la personalità del cittadino per fatti non guardati dalla legge? Ei pare che originariamente, siccome era l' autorità del magistrato che esauriva tutta la controversia, così il primo atto di quest' autorità esser dovette il permesso accordato al postulante di chiamare alla sua presenza il ledente, onde procedere per via d' interdetto; sicchè il postulante dovea ottenere innanzi tutto questo permesso, e passar quindi alla citazione. In caso di renitenza probabilmente era in facoltà del magistrato di far uso della sua forza, mentre non potea il suo comando restare inefficace; o per via indiretta costringeva il reo a comparire coll'immettere il postulante nel possesso dei suoi beni (1).

La presenza di ambedue le parti era indispensabile; l' una, perchè avea a far la *postulatiò* dell'interdetto, l' altra perchè il comando o il divieto era diretto verbalmente contro di lei; onde la voce stessa *interdictum* ci conduce a questa indispensabilità (2).

Dovettero da principio mancare le norme direttrici secondo le quali il magistrato rilasciava l' interdetto; in seguito le formole generali furono inserite nell' editto, dal quale l' implorante sceglieva quella che si faceva al suo scopo, o la lasciava modificare, o per una specie nuova chiedeva una nuova formula interdittale; ai nomi posti a mò di esempio nella formula (*Lucius Titius*) sostituivansi quelli delle parti, e la cosa sulla quale l'interdetto cadeva specificavasi secondo le sue speciali condizioni. All'emissione dell' interdetto precedeva l' allegazione dei fatti sui

(1) Hoc interdictum et in absentem rogandum, Labeo scribit, sed si non defendatur in bona eius eundum est. L. 3 § 13 D. de hom. lib. exhib. XLIII, 29.

(2) Interdicta appellantur, quia inter duos dicuntur, § 1 Inst. de interd. IV, 15.

quali fondarsi dovea la difesa del reo, e di tutte le circostanze che avessero potuto formare la convinzione del magistrato interdicente. Qualora peccavano i fatti e le circostanze d'insufficienza, rifiutava il magistrato il suo soccorso; nel caso opposto emetteva la sua ordinanza, la quale se non era un giudizio, dovette in origine equivalere allo stesso, e quindi potea egli costringere colla forza il renitente all'ubbidienza. In seguito si potrebbe l'ordinanza in certo modo comparare ad una legge imperfetta, *quae vetat aliquid fieri et si factum sit nec rescindit nec poenam iniungit ei qui contra legem facit* (1); ma prepara la via per un giudizio, col quale si ottiene quel che prima immediatamente ottenevasi dall'ordinanza, e qualche cosa di più ancora a titolo di pena.

Dato l'interdetto *(interdictum reddere)*, la controversia è portata al suo termine, qualora il reo si acqueta sia coll' astenersi dai fatti che gli sono vietati, sia coll'effettuare quelli che gli sono imposti; e se no, si passa al secondo momento processuale.

La base di questo secondo momento è l'interdetto; siccome fondamento di questo fu il fatto che gli diede origine. Qui s'inizia il processo in tutte le forme dell' ordinario, ond' è che vengono gl'interdetti nel *ius ordinarium* computati (2). Gaio non parla di questo secondo momento, è ben però da supporsi; impossibile è giacchè andare al giudice e ai recuperatori senza aver la formola del giudizio o l'istruzione della lite, e questa non viene che dal magistrato. Questo momento esser può una continuazione del primo, e può andar anche separato; nel primo caso bisogna distinguere tra gl'interdetti esibitori e restitutori, e tra i proibitori; negli uni la controversia è atta essere portata in giudizio mercè un *actio arbitraria* da chiedersi dal reo innanzi di abbandonare il tribunale del magistrato; negli altri l'*actio arbitraria* è inammessibile come inammessibile è la trasgressione del divieto innanzi al magistrato medesimo. Quando questo momento è separato, non altrimenti è permesso di agire, che per mezzo di *sponsione* e quindi *cum periculo, non sine poena*, per tutte le specie degl' interdetti (3).

(1) Ulp. Frag. I, I.

(2) L. 1 § 2 D. si ventris nomine XXV, 5. L. 1 § 3 D. uti possid. XLIII. 17. L. 3 pr. § 1 D. ne vis XLIII, 4.

(3) Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur et ibi edilis

Nella procedura per *formulam arbitrariam*, conviene anche presupporre che il reo abbia trasgredito il comando del magistrato; giacchè non puossi senza trasgressione iniziare il giudizio, il quale essenzialmente ha per còmpito di risolvere *an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel factum non sit quod is fieri iusserit.* Questa trasgressione ha da aver luogo nel punto stesso che l'interdetto va emesso, cioè pria di partirsi dal tribunale, il che è facile; giacchè, se il magistrato comanda di restituire o di esibire, il reo può rifiutarsi all'uno e all'altro, e chieder quindi immediatamente che contro di lui si rilasci la *formula arbitraria.* Il fatto stesso della domanda della formula, senza ulteriori presupposizioni, basta per indurre la convinzione che il comando soffre una trasgressione; ma non può scenderne per conseguenza che il reo tacitamente confessi di dover restituire od esibire (1); bensì può dedursi la fiducia nella sua buona causa, e che spera di vincere in giudizio, quando altro mezzo non gli rimane per sottrarsi al peso del comando. L' attore non ha potere di rifiutarsi ad accettare la proposta della formola; giacchè, s'è il reo stesso che se l'impone, quando per lui stanno le presunzioni del torto, molto più dee averne egli interesse, che pretende di difendere il suo diritto, e che rimarrebbe necessariamente pregiudicato col suo rifiuto,: in questo caso l'attore è messo nella necessità di agire, o di ritirarsi dalle sue pretese.

Se il reo dal tribunale del magistrato si parte senza domandar la formula arbitraria, allora *cum periculo res ad exsitum perducitur,*

formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum non sit, quod is fieri iussit. Et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, velut cum per sponsionem agitur, sine poena, velut cum arbiter petitur; et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet, ex restituriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria vocatur. Gai IV, 141. (*Restitutoria et exhibitoria interdicta aut per formulam*) arbitrariam explicantur, aut per sponsionem: prohibitoria vero semper per sponsionem explicantur. Ulp. Frag. ex Cod. vindob. 1. Gai IV, 162.

(1) Quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere, sed alio iure utimur, et recte. Gai IV, 163: qui siegue una lacuna con sole poche lettere, il supplemento di Huschke non ci sembra accettabile.

tutte le volte che si rifiuta di ottemperare al comando. In questo caso l'attore lo provoca ad una *sponsione*. Quel che di singolare havvi in questa si è che il renitente asserisce e sostiene di avere restituito o esibito (*restituisse se dicit*, *sponsio facta est*) (1), e con questa asserzione nega l' efficacia dell' interdetto; giacchè non avendo in realtà nulla restituito, ne viene di conseguenza che per lui le condizioni dell'editto non esistono: è un modo inverso e indiretto di niegazione, ma di necessità si connette alla dimanda direttagli: *dicas an restitueris*: *restitui*. La *sponsio*, colla quale l'attore provoca il suo avversario sotto la direzione del magistrato, sarebbe a mo' di esempio così concepita:

> *Si bonorum Turpillae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit, quodque de his bonis pro herede aut pro possossore possides, id si contra Edictum illius praetoris mihi non restituisti, tot nummos dare mihi spondes?* (2).

Il reo *adversus sponsionem adversarii restipulatur* presso a poco nel modo che siegue:

> *Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio Praetor ex edicto suo tibi non dedit, sive de his bonis pro herede aut pro possessore non possedi, si ex edicto illius Praetoris restitui, tot nummos dare mihi spondes?*

Dopo ciò le parti scambievolmente si notificano le formule della *sponsio* e della *restipulatio* accordate dal magistrato, e secondo le quali ha il giudice da istituire il suo esame. Un' altra formula concede il Pretore all'attore per il caso ch'egli esca vittorioso, la formula cioè per la quale il giudice, *nisi res exhibeatur aut restituatur*, è autorizzato a condannare il reo al *quanti ea res erit* (3).

(1) Cic pro Caec. 8.

(2) Silii causam te docui. Is postea fuit apud me, cum ei dicerem, tibi videri sponsionem illam nos sine periculo facere posse: si bonorum Turpillae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit: negare aiebat Servium tabulas testamenti esse eas quas instituisset is qui factionem testamenti non habuerit. Cic. ad Fam. VII, 21. La formula restituita da Huschke: Studien, I, pag. 1-24.

(3) Itaque si arbitrium non petierit, sed tacitus de iure exerit, cum periculo res ad exitum perducitur: nam actor provocat adversarium sponsione, ni contra edictum praetoris, non exhibuerit aut non restituerit;

Più complicato è il procedimento per gl'*interdicta prohibitoria duplicia retinendae possessionis*. Il Magistrato in questi interdetti accorda il possesso per le cose immobili a colui *qui eo tempore quo interdictum redditur nec vi, nec clam, nec praecario ab adversario possidet*: per le cose mobili *tunc eum potiorem esse iubet, qui maiore parte eius anni, nec vi, nec clam, nec praecario ab adversario possiderit; annus autem retrorsus numeratur*, e vi si può computare il tempo del proprio autore (1). Scopo di questi interdetti essendo quello di vietare una futura turbativa, è impossibile che se ne possa domandare il giudizio immediatamente dopo emessi; giacchè non diversamente può la turbativa effettuarsi se non colla forza e questa contro il libero uso del possesso, quindi fuori del tribunale. E che la forza sia indispensabile per violare il divieto, lo accennano le parole dell'editto: *vim fieri veto*, che non si poterono in origine intendere di una forza convenzionale o in un senso lato e metaforico; ma di una forza vera e reale, che avesse potuto causare la ricerca: *an aliquid adversus praetoris aedictum factum sit*.

Solo dell' *interdictum uti possidetis* abbiam sicure notizie processuali.

Si trasgredisce il divieto con una nuova turbativa? bisogna allora portar la controversia in giudizio, e questo ha da esser preparato da una serie di atti innanzi al magistrato. Pria di tutto il magistrato apre la *fructus licitatio*, cioè un'azione per il possesso temporaneo della cosa da lasciarsi durante il giudizio al maggiore offerente. La somma che pagasi per questa *licitatio* non è il prezzo dei frutti, ma una pena; perchè il possidente che perde in giudizio *alienam possessionem per hoc tempus retinere, et facultatem fruendi nancisci conatus est*. Il maggiore offerente non è però messo in possesso del fondo, della casa ecc. se pria non abbia reso sicuro il pagamento di questa pena mercè una speciale *stipulazione fruttuaria*. Quindi passano i contendenti a provocarsi

ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur; deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario; ille vero huic invicem restipulationis: sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur (tantidem quanti ea res sit adversarius condemnetur). Gai, IV. 165.

(1) Gai. IV, 150, 152.

scambievolmente alla *sponsio* e alla *restipulatio*, doppie tutte e due, ma che possono comprendersi in una sola formula di parole, p. e.:

Si adversus edictum praetoris mihi a te vis facta est, sive possidenti tibi a me vis facta non est, tot nummos dare spondes?

La *sponsio* e la *restipulatio* sono seguite dall'edizione delle formule che stabiliscono la norma per il giudicante. A provvedere alla restituzione del possesso nel caso di perdita per il provvisorio possidente, il pretore Cascellio creò un'azione speciale che conduce ad un giudizio secutorio, il quale tien dietro cioè alla decisione sulla *sponsio*, e di questo si rilascia adesso la formula dal magistrato. Un' altra formula speciale a somiglianza di questa si rilascia per la restituzione dei frutti: tutte e due sono dirette sul *quanti ea res erit*. Questo *iudicium fructuarium* si assicura colla *cautio iudicatum solvi*. Il complesso di tutti gli atti adunque che compionsi innanzi al magistrato si riduce alla *fructus licitatio*, alle *sponsiones* e *restipulationes*, alla formula per il *iudicium cascellianum secutorium*, alla formula per il *iudicium fructuarium*, detto anche *secutorium*, ma non *cascellianum* (1).

Dal tribunale del magistrato si fa transito al giudizio innanzi al giudice e ai recuperatori proposti, come per i giudizi ordinarii, dalle parti. Ma per quali interdetti si rilascia un giudice, per quale i ricuperatori? il definirlo è impossibile, quando non ci danno le fonti schiarimento di sorta.

Compito del giudice è di esaminare, se nulla siasi fatto contro l' interdetto, ch'è la base di tutto il giudizio, e di esaurire il terzo momento processuale. Non è già a supporre per questo, che il magistrato abbia rilasciato l'interdetto senza una previa disamina dei fatti e allegazione delle pruove; ma non essendo più la sua ordinanza obbligatoria per le parti, e quindi non avendo forza di sentenza, ne viene che il giudice, se dee principalmente esaminare, *an aliquid adversus praetoris edictum factum sit*, ha pure la facoltà di estendersi sui fatti che determinarono il magistrato a rilasciare l'interdetto e ricercare, p. e. *quod praetor interdicto complexus est, uter eorum eum fundum, easve aedes per id tempus*

(1) In questa esposizione non abbiam fatto che tradurre e commentare Gaio IV, 166, 170. Ediz. Auschke. Così anche rispetto al procedimento *in iudicio*.

quo interdictum redditur, nec vi, nec clam, nec precario possederit (1). Questa ricerca, che possiamo compararla a quella che da un giudizio sommario o sommariissimo si fa ad un giudizio ordinario, è cagionata dall' interdetto stesso che rilasciasi in modo ipotetico e condizionale per aprire in ogni evento l'adito al giudizio. Il giudice insomma in occasione dell' interdetto piglia in mano tutta la controversia dal suo principio e la conduce a fine colla sentenza; allora l' interdetto serve come forma e pretesto legale, e i fatti antecedenti non vengono in disamina se non per riflesso di questo.

Nei giudizi esibitori e restitutori fatti colla formula arbitraria il giudice impone la restituzione o esibizione della cosa, e così assolve il reo; che se ciò è impossibile, o il reo seguita a rifiutarsi, allora lo condanna al *quanti ea res est.* Il concetto della penalità qui va escluso, anche da parte dell'attore allorchè il giudice non trova da ordinare esibizione e restituzione di sorta; tranne che siagli stato opposto il *calunniae iudicium*, il quale cade sulla quarta parte della causa (2). Nei giudizi fatti sulla *sponsio*, secondo il risultato dell'esame, il giudice condanna l'una o l'altra parte alla *summa sponsionis.* Se la vittoria favorisce il reo, il perditore, per la formula speciale del giudizio secutorio, è tenuto alla restituzione dell'obbietto, e alla soddisfazione degl'interessi; se la vittoria sorride all' attore, il giudizio trova il suo termine colla sentenza sopra la *sponsio* (3). I principî di tutto il procedimento *per sponsionem* valgono nei giudizi sopra gl' interdetti proibitorî semplici.

Negl' interdetti proibitorî doppi, la soluzione di tutte le sponsioni e azioni dipende dalla soluzione principale del quesito: chi al momento dell'*interdictum redditum* possedeva senza i *vitia possessionis ?* Qualora la regolarità del possesso è riconosciuta nell'attuale provvissorio possessore costituito colla *fructus licitatio*; il non possidente è condannato alla pena della *summa sponsionis et restipulationis*, ch'è doppia per la duplicità della *sponsio e restipulatio*, e qui l' ufficio del giudice cessa. Nel caso opposto, sieguono tutti gli altri giudizi sulla restituzione del possesso, sul

(1) Gai IV, 166.

(2) Gai. IV, 175 176.

(3) Gai 163, 165.

pagamento pei i frutti, sul pagamento della *summa licitationis*, come pena. Ei potea avvenire che per la *fructus licitatio* non si fosse fatta veruna *sponsione;* allora non avea il vincitore mezzo di perseguirla col giudizio speciale sulla *fructuaria stipulatio;* ma potea perseguire la *summa licitationis* col *iudicium fructuarium*, che avrebbe in tale emergenza trattato *de fructibus et de fructus licitatione*.

La grande lacuna, che s'incontra in Gaio, non permette di seguire le altri speciali procedure delle quali dovette egli tener discorso dietro la più interessante, qual'è quella dell'*interdictum uti possidetis*.

Due questioni rimarrebbero a risolvere e sulle quali manca ogni luce per il difetto delle fonti: 1. a quanto ammontava la *summa sponsionis et restipulationis?* 2. perchè negl'interdetti esibitori e restitutori era permessa la formula arbitraria, e nei proibitori si dovea agir sempre *per sponsionem?*

Quantunque il procedimento *per sponsionem* ci presenti le tracce di una lontana somiglianza coll'*actio sacramento;* pure la *summa sponsionis* sembra non sia stata tassativamente fissata a un quantitativo certo. Se noi conoscessimo un quantitativo, forse avremmo un'argomento sicuro per la soluzione del quesito: quando gl'interdetti trassero origine, in che rapporto stavano essi colla procedura sacramentale? Ma le fonti tacciono, e Gaio, che ci fa sapere il *quantum* del *iudicium calumniae* negl' interdetti, non spende una sola parola per il *quantum* della *sponsio*. Ne avrà parlato là dove oggi si rinvengono le lacune nel manoscritto? noi non lo crediamo; in più luoghi discorre egli della *sponsio*, nel manoscritto le lacune di sillabe o di parole si lasciano supplire; ma non si allude in modo veruno a questo quantitativo; e da supporre che se esso fosse stato invariabile, come nell'*actio sacramento;* che se si fosse trovata sul riguardo qualche disposizione dell'editto; che se la *sponsio* negl'interdetti fosse stata regolata come la *sponsio* nel sistema ordinario processuale, non ne avesse fatto il menomo cenno? Sarà, ma lo stimiamo improbabile. Ei sembraci piuttosto che per la *sponsio* non siavi stata norma di sorta, e che fosse stata alle parti lasciata piena libertà di obbligarsi per quel *quantum* che loro fosse meglio piaciuto. Se scopo originario dell' interdetto fu quello di creare un rapporto obbligatorio tutte le volte che il reo non avesse prestato obbedienza all'ordinanza del magistrato, per qual ragione

costringere le parti ad obbligarsi scambievolmente per una somma maggiore o minore di quello che fosse stato nella loro intenzione? Per questa indefinita variabilità del *quantum* che dipendeva dall'arbitrio delle parti, noi reputiamo che Gaio abbia conservato perfetto silenzio, non avendoci potuto dare una norma sicura, e siasi quindi accontentato di parlare della *sponsio* come di cosa già conosciuta, senza di tutt'altro darsi pensiero.

Una ragione formale per rispondere al secondo quesito manca (1): può darsi che sia stata interamente processuale, per distinguere tra i due casi, della domanda di un giudizio al momento che si rilascia l'interdetto stesso, e della domanda fatta dopo qualche tempo; può darsi che abbia voluto tenersi conto della differenza tra giudizî per interdetti esibitorî e restitutorî e giudizî per interdetti proibitorî; o tenersi conto del momento della disobbedienza, tanto più che gl'interdetti proibitorî e restitutorî si uguagliano ai proibitorî, subito che la domanda dell'*actio arbitraria* non si fa pria di lasciare il tribunale. Sicchè può dirsi: l'*actio arbitraria* è ammessibile tutte le volte che la disobbedienza ha luogo nel momento stesso che si rilascia l'interdetto, in ogni altro caso bisogna agire per mezzo della *sponsio;* or negl' interdetti esibitorî e restitutorî la disobbedienza è possibile tanto allora quanto dopo abbandonato il tribunale, onde nell'un caso si dà la formula arbitraria, nell'altro fa bisogno della *sponsio*; negl'interdetti proibitorî da trasgressione non altrimenti può aver luogo che dopo abbandonato il tribunale, onde per questi altro non rimarrebbe che la *sponsio*.

Si potrebbe forse anche allegare una ragione puramente storica e dire, che gl'interdetti proibitorî risalendo ad una origine antichissima e a tempi nei quali non altrimenti era permesso iniziare un giudizio, se non per mezzo di una scommessa o di una *sponsio*

(1) Per quanto abbia voluto rendermi conto della ragione formale recata dallo Schmidt (pag. 264), confesso francamente di non averla saputo capire. La teoria di un semplice dovere morale nella trasgressione degl'interdetti restitutori ed esibitori, e di una trasgressione giuridica nei proibitori recata dal Keller (Zeitschrit fur gescht. Rechtswissenschaft vol. II, p. 309 seg.) e quindi negli uni l' actio arbitraria negli altri la sponsio non mi soddisfa; in legge non si tien conto di doveri morali, specialmente poi presso i Romani; la ragione ha da essere o giuridica o nulla, e questa manca.

necessariamente assumere dovettero il carattere di una *sponsio*, il quale, per principio tradizionale, conservarono sempre senza soffrire modificazione alcuna; gli altri interdetti, in gran parte essendo sorti ai tempi della giurisdizione pretoria, ammisero la mitezza del nuovo diritto, non perdendo però intieramente il tipo generale e una volta unico della *sponsio*.

Qualsiasi ipotesi e supposizione sul riguardo non potrà avere il diritto della maggiore o minore probabilità, quando i lumi della storia e dei documenti fanno difetto.

D. Interdetti nella procedura straordinaria e nel diritto giustinianeo.

Man mano che il diritto pretorio prese a dominare su tutto il campo della giurisprudenza, e le azioni *utili* e in *factum* supplivano al rigore e ai bisogni della legislazione; gl'interdetti cominciarono a perdere d'importanza, specialmente, che nel condurre a termine le controversie, trattandosi di un giudizio, non acceleravano per nulla il cammino processuale. Coll'introduzione del diritto e della procedura straordinaria, colla riunione del *ius* e del *iudicium* nelle mani di un solo giudice, il procedimento interdittale, quantunque non avesse avuto posto nei giudizi estraordinari, pure fu regolato secondo le norme di questi, cioè coll'abolizione di ogni differenza tra magistrato interdicente e giudice, terminandosi così la controversia sotto l'autorità di un solo (1). La rubrica stessa al titolo primo, libro quarantesimo terzo delle pandette, ove trattasi degl'interdetti, ci dimostra questo notabile cangiamento (2). Già l'Imperatore Alessandro (224) con abbastanza chiarezza ci fa capire che le questioni degl'interdetti ai suoi tempi erano regolate tutte dal magistrato senza il bisogno di un giudizio, e che siffatto modo nei casi simili bisognava tenere (3); qual meraviglia

(1) Interdicta autem licet in estraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. L. 3 C. de interd. VII, 1.

(2) De interdictis sive *estraordinariis actionibus* quae pro his competunt.

(3) Cum proponas radicibus arborum, in vicina Agathangoli area positis, crescentibus fondamentis domus tuae periculum afferri praeses ad

se dopo abbia Diocleziano pronunziata la regola generale, che gl' interdetti sono assimilati ai giudizi straordinari? Da ciò quella confusione arrecata, dai compilatori dello pandette, nell' editto del magistrato, che al *restituas*, al *vim fieri veto* sostituiscono un *iudicium dabo*, e che dimostra come nel digesto le norme sopra gl' interdetti più non hanno verun valore formale. Gl' imperatori Arcadio ed Onorio rompendola colle *veteribus ambagibus*, espressione singolare che prova a qual grado di disprezzo fosse a quei tempi (406) caduto l' antico procedimento, livellano cogli stessi auspicî gl' interdetti e le azioni, o meglio aboliscono il nome d' *interdetto*, essendo sufficiente per ogni forma processuale il nome di *azione* e le norme a queste prescritte (1). Sotto Giustiniano il procedimento interdittale neppur di nome si conosce, gli si rifiuta anche un cenno storico nelle istituzioni, che pure hanno in mira di esporre i principî storici e lo storico svolgimento del diritto, ad imitazione delle istituzioni di Gaio: parlare sotto Giustiniano dell' ordine antico interdittale sarebbe quanto parlare di cose inutili e superflue, e ciò, perchè il procedimento per gl' interdetti, punto non differisce dal generale procedimento (2).

Quel che di speciale havvi nelle cause provenienti dagli antichi interdetti si è, che sono sciolte dalle formalità e dai termini stabiliti per la *litis denuntiatio*, e si fa precetto al giudice di spedire al più presto possibile la controversia (3).

Sparita la denunziazione della lite, sotto Giustiniano, per tutte le azioni, non rimase altro di speciale agl' interdetti che l' unico beneficio della celerità nel giudizio imposta al giudicante.

exemplum interdictorum: si arbor in alienas aedes impendebit, item si arbor in alienum agrum impendebit — rem ad suam acquitatem rediget. L. 1. C. de interd. VIII, 1.

(1) Si quis quod libet interdictum afflagitet, ruptis veteribus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere et suas allegationes iubeatur proponere. L. 4 C. de interd. cit.

(2) De ordine et vetere exitu interdictorum supervacaneum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia) non est necesse reddi interdictum, sed proinde iudicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. § 3 Inst. de interd. IV, 15.

(3) L. 8 § 1 C. Th. de iurisd. II, 1. LL. 5, 6, C. Th. de denunt. II, 4. L. unic. § 2 C. Th. IV, 21. LL. 2, 4, C. Th. unde vi. IV, 22.

§ 2.

STIPULATIONES PRAETORIAE.

Collo stabilirsi del diritto pretorio un' altro genere di mezzi giudiziari per cause determinate furono proposti nell' editto, che vanno sotto il nome di *stipulationes praetoriae* (1); la quale espressione non convien prendere nello stretto senso, abbracciando altresì le *stipulationes tribuniciae* e le *aediliciae* dai magistrati di questo nome (2). La stipulazione in generale è da Pomponio definita per una *verborum conceptio*, *quibus is qui interrogatur*, *daturum facturumve se*, *quod interrogatus est*, *respondit* (3); l' aggiunto di *praetoria* accenna al carattere speciale della *stipulatio*, la quale, a differenza delle infinite che occorrono nelle transazioni giornaliere e che sono il risultato del libero scontro delle volontà delle parti, è imposta dal pretore, comandata da lui alle parti, regolata nell'editto, interpretata da lui, e che dalla sua mente riceve tutta la forza legislativa; per modo che nulla è lecito di cangiare di aggiungere, di togliere, e se qualche cosa di simile è necessario *praetoriae erit iurisdictionis* (4).

Le stipulazioni pretorie si dividono in *iudiciales, cautionales, communes* (5), e loro scopo è quello di assicurare gl'interessi della parte che la richiede da qualsiasi eventuale e futuro pregiudizio.

(1) Gai IV, 31. L. 52 D. de verb. oblig. XLV, 1.

(2) L. 5 pr. D. de verb. oblig. cit. Ulp. Frag. VII, 3.

(3) L. 5 § 1 de verb. oblig. cit.

(4) In conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant, enim vero praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris, qui eas proposuit. Denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrahere. L. 52 D. de verb. oblig. cit. Sed et si quid vel addi vel detrahi, vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis. L. 1 § 10. De stipul. praetor. XLVI, 5. In stipulationibus praetoriis si ambiguus sermo acciderit praetoris erit interpretatio, eius enim mens aestimanda est. L. 9, de stipul. praet. cit.

(5) Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, iudiciales, cautionales, communes. Iudiciales eas dicimus quae propter iudicium interponuntur, ut ratum fiat, ut iudicatum solvi, et ex operis navi nuntiatione. Cautionales sunt autem quae instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt, ut de legatis stipulationes, et de tutela, et ratam

Si appellano *iudiciales* le stipulazioni che tendono ad assicurare il regolare cammino della procedura e la soddisfazione del diritto dopo la condanna del reo; tali sono la *cautio pro praede litis et vindiciarum, iudicatum solvi*, *operis novi nunciationis* per la restituzione nel suo primiero stato di un edificio dopo la sentenza deffinitiva a favore del nunciante. Le *cautionales* creano un diritto di azione, si annoverano tra le azioni prese nel loro largo significato, o si dicono *actionis instar habent*, in quanto che tendono ad aprir la via alla giurisdizione pretoria per un'eventuale processo; tali sono le diverse *cautiones, damni infecti; ratam rem haberi; rem pupilli vel adolescentis salvam fore; de legatis, si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur; de legatis, evicta hereditate; redendis*; *cautio substituto heredi ab instituto facta, qui sub condicione scriptus est; de conferendis bonis et dotibus; de vincesima hereditatium; de usufructu earum rerum quae consumuntur vel minuuntur* (1).

Communes sono le stipulazioni, che assicurano l'istruzione del processo e la comparsa del reo innanzi al magistrato; p. e. *vadimonium sisti*.

Tutte le stipulazioni sono per loro natura cauzionali, perchè loro scopo è quello di rendere più sicura la parte di quel che non lo sarebbe senza di esse (2).

Per regola generale vanno esse accompagnate da una *satisdatio* (3) ordinariamente *fideiussoria* (4); solo eccezionalmente si ammettono dal pretore la semplice *repromissione*, e il deposito di un pegno, o di una somma (5). Il loro contenuto è o una *rei restitutio*,

rem haberi, et damni infecti. Communes fiunt stipulationes, quae fiunt iudicio sistendi causa. L. 1 §§ 1-3 D. de stip. praet., cit. Alquanto diversa è la divisione generale delle stipulazioni fatte da Pomponio. L. 5 pr. de verb. oblig. XLV, 1.

(1) Vedi Rudorff, Edict. perp. § 297-309. Röm. Rechtsgesch. II, § 56 n. 12-13.

(2) Et sciendum est omnes stipulationes natura sui cautionales esse; hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione. L. 1 D. de stip. praet. XLVI, 5.

(3) Stipulationum istarum praetoriarum quaedam sunt quae satisdationem exigunt, quaedem nudam repromissionem, sed perpacua sunt quae nudam repromissionem, habent, L. 1 § 5 D. de stip. praet. cit.

(4) LL. 1 D. qui satisd. cogant. II, 8. L. 71 D. de verb. signif. L. 16.

(5) L. 7 D. de stip. praet. cit.

o un' *incerta quantitas* che diventa poi certa colla sentenza; in quest' ultimo caso *comodius est certam summam comprehendere: quoniam plerumque difficilis probatio est, quanti cuiusque intersit, et ad exiguam summam deducitur* (1).

Al pari che nelle *actiones, la stipulatio* può effettuarsi per mezzo di rappresentanza, nel qual caso diritti e obbligazioni passano nel rappresentato, cui compete un' *actio utilis* (2).

Il rifiuto alla stipulazione diversi pregiudizi apporta al ricusante; tali sarebbero, l'essere riguardato quale *indefensus* con tutte le conseguenze che ne derivano: la *denegatio actionum;* la *in possessionem missio* (3).

Eseguita la stipulazione tocca al magistrato di vigilare per la sua efficacia.

§ 3.

MISSIO IN POSSESSIONEM.

La *missio in possessionem* è l'atto autoritativo del magistrato col quale, sotto date condizioni e per cause speciali, una delle parti è costituita nel possesso, per lo più provvisorio, dell' intiero patrimonio, dell'universalità dei beni, o di una singola cosa dell'altra parte. I principî generali, regolativi, comuni alle diverse immissioni mancano; ma ognuna è governata dalle sue norme speciali dedotte dallo scopo, e altro di commune forse non hanno che la provvisorietà di possesso, e in generale la *rei servandae causa.*

Nel secondo periodo del processo esecutivo abbiamo studiato la immissione nel patrimonio del *iudicatus* e dell' *indefensus* per la garentia dei diritti di uno o più creditori; sicchè superfluo sarebbe il ritornarvi più sopra.

(1) LL. 2. 11. D. de stip. praet. XLVI, 5.

(2) Si procuratori praesentis fuerit cautum ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit. L. 79 D. de verb. oblig. XLV, 1. In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut si procurator meus stipuletur mihi, causa cognita ex ea stipulatione actio competat. Idem est et quum institor in ea causa esse coepit. L. 5 de stip. praet. cit.

(3) Vat. frag. 92. L. 1 § 7 D. si cui plus. XXXV, 3. L. 10 D. ut in poss. legat. XXXVI, 4. L. 7 pr. D. de dam. infect. XXXIX, 2.

Le diverse altre immessioni sono le seguenti:

1. La *missio dotis servandae causa* (1), concessa alla moglie sopra i beni del marito per la sicurezza dei suoi beni dotali, con pieno diritto di amministrazione e di alienazione delle cose singole (2).

2. *Legatorum sive fideicommissorum servandorum causa.* Quando la soddisfazione del legato non cade immediatamente dopo l'*aditio hereditatis* ma pende da una *condicio*, da un termine ecc.; allora è tenuto l'erede a dare al legatario una *satisdatio*, nel caso opposto il magistrato accorda la missione nei beni ereditari (3), colla quale il legatario acquista il pegno pretorio e quindi il diritto di costodia (4).

Una costituzione dell'Imperatore Antonino Caracalla (Eliogabala?) accordò al legatario, dopo sei mesi della domanda fatta per aver pagato il legato, l' immissione nel possesso dei beni dell' erede stesso onde i suoi diritti appagare col loro prodotto (5).

3. *Missio heretitatis servandae causa*, cioè, *ventris nomine* per la donna giavida, il cui figlio succederà nell' eredità o come *suus* o *inter liberos* (6); *ex carboniano edicto* per il minore il cui *status familiae* e il diritto ereditario sono contrasti (7); *furiosi nomine* per il curatore di costui, finchè muoia o possa dichiarare l'accettazione dell'eredità (8). Questi casi compongono la *missio decretalis*, la quale si concede colla *causae cognitio* (9), a differenza degli altri casi che formano la *missio edictalis*; accordata sulla semplice *postulatio et de plano* (10).

4. La *missio* in una cosa singola va realizzata coll' immissione fatta *damni infecti nomine*. Il magistrato avea nel suo editto provveduto al caso di un danno minacciato (*damnum nondum factum*),

(1) L. 26 § 1 D. ad municip. L. 1.
(2) L. 48 D. de solut. et lib. XLVI, 3.
(3) L. 1 pr. §§ 1, 2 D. de legatorum seu fideicom. XXXVI, 3, vedi l'intiero titolo. LL. 1, 11, 12 D. quib. ex caus. XLII, 4.
(4) LL. 3, 5 C. h. t.
(5) L. 1, §§ 16-25 D. ut in posses. legat. vel fideicom. XXXVI, 4.
(6) Dig. de ventre in possess. mit. XXXVII, 9.
(7) Cod. De Carb. edict. VI, 17.
(8) Dig. de bonorum posses. furioso. XXXVII, 3.
(9) L. 2 §§ 1, 2 D. quis ordo in posses. XXXVIII, 15.
(10) L. 2 § 8 L. 7 D. de bonor. poss. XXXVII, 1.

mercè la *stipulatio damni infecti* da farsi dal proprietario a colui che avea fondate ragioni di temere il danno futuro; se il proprietario rifiutavasi a questa stipulazione cauzionale, il magistrato immetteva nel possesso del fondo di costui il minacciato col diritto di custodia e di compossesso, per costringere in certo modo il proprietario, e dare al ricorrente stesso il mezzo di ovviare al danno. Trascorso il termine stabilito per questa immissione provvisoria, senza che il proprietario si fosse dato pena di allontanare le cause del danno temuto, il magistrato accordava, *causa cognita*, all'altra parte il diritto assoluto di possesso, proprietà pretoria, *tuitione praetoris* (1).

Tutte le *missiones in possessionem* sono recate ad effetto per mezzo d' interdetti, di *actiones in factum*, e qualche volta con diretta coercizione (2).

§ 4.

IN INTEGRUM RESTITUTIO.

Tutto il sistema processuale tende alla difesa e al mantenimento del diritto stabilito dai negozi giuridici, a togliere tutti gli ostacoli delle circostanze di fatto, a conformare queste e quello. Nella *in integrum restitutio* succede, in un modo eccezionale, apparentemente tutto il contrario: giacchè non è un' impedimento di fatto che col soccorso del pretore si distrugge, ma si un diritto riguardato nel suo rigore, il quale cede di bel nuovo il posto a quel rapporto giuridico cui erasi sostituito. Diciamo *apparentemente*, giacchè in sostanza, quantunque non siavi una lesione nel senso giuridico, pure, nel rapporto che si distrugge per mezzo della *in integnum restitutio*, havvi una violazione prodotta dal diritto stesso al principio eterno dell'*equità*, cui il pretore studiavasi di far piegare il rigore dell'antica e sacramentale legislazione.

Tutta l'essenza della *in integrum restitutio* consiste nel privare taluni negozi giuridici dagli effetti ch'essi legalmente producono,

(1) Dig. de damno infecto XXXIX, 2.

(2) L. 1 pr. § 2. L. 4 pr. § 1 D. ne vis fiat XLIII, 4. L. 1. pr. §§ 3, 5 L. 3 § 1, 2 Eod. L. 15 D. de damno infect. cit. L. 5, § 27 D. ut in possess. legat. XXXVI, 4.

e nel sostituire in loro vece gl' idientici rapporti dei quali essi avean presso il posto: il rapporto giuridico estistente bisogna che, per le condizioni in cui è entrato, si consideri come inesistente, e che il rapporto già morto riviva in tutta la sua efficacia. Ma questo solo non basta a caratterizzare l'indole della *in. integrum restitutio*: molti rapporti giuridici in virtù della legge e per amor dell'equità sono distrutti, e in loro vece restituiti gli antichi, così nel Senato Consulto Vellejano rispetto alla malleveria prestata dalla donna; molti dal pretore stesso sono privati dal loro effetto; eppure nè dal magistrato nè dalla giurisprudenza furon questi casi numerati tra le cause della *in integrum restitutio;* un'altro elemento distintivo di questa dunque si è, ch'essa sia dichiarata dal magistrato o dal giudicè. La *in integrum restutio* non era un principio di legge che opera da se e per se, ma un *pronunziato* magistrale. La *in integrum restitutio* era un atto dimanante più dall'*imperium*, che dalla *iurisdictio* e come tale non competeva in origine al giudice, nemmeno al Magistrato municpale ma solo al *Magistratus populi romani* (1), in appresso se ne concesse il potere ai giudici ordinari (2), specialmente quando venne a cessare la distinzione dei due ordini dei giudizî.

Questo mezzo straordinario della *restitutio* offre una doppia processuale applicazione; l'una sopra il pregiudizio potuto derivare a uno dei contendenti per una *iniqua formula;* l'altra per il pregiudizio preveniente da una sentenza. Nel primo caso ordina il Pretore la *in integrum restitutio* allo scopo di scemare il di più dal *plus petitum* nella *condemnatio*, concedendo una formula (3), sicchè la *restitutio* non ha che un valore puramente processuale e transitorio; nel secondo caso per l'opposto la *restitutio* è ordi-

(1) Ea quae magis imperii sunt quam jurisdictionis magistratus municipalis facere non potest. L. 26 D. ad munic. L. 1. Magistratibus municipalibus non permittitur in integrum restitutio, § 1 eod.

(2) Cod. ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit. II, 47.

(3) At si in condamnatione plus petitum sit quam oportet, actoris quidem periculum nullum est, sed et reus cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur ut minuatur condemnatio. Gaj. IV, 57. Il Pretore ordinava ancora la in integrum restitutio quando il reo per errore, non faceva valere l'eccezione perentoria, e ciò, servandae exceptionis gratia. Gaj IV, 125. L. 2 C. sent. rescind. VII, 20.

nata in un modo permanente e assoluto, ed è in questo rapporto che la considerano processualmente i giureconsulti e che si stabiliscono le regole della giurisprudenza.

Non sempre può la *in integrum restitutio* essere ammessa; acciò sia valida richiedonsi talune condizioni; e giacchè il pretore solo in certi casi speciali l'ammette, così fa di mestieri di talune determinate cause.

Bisogna innanzi tutto presupporre, che dal rapporto contro cui domandasi la *in integrum restitutio* si siano realmente prodotti degli effetti giuridici; se questi mancano, non è più il caso a parlare dolla restituzione delle cose nello stato primiero. Ciò presupposto, conviene che il fatto contro cui vuolsi essere restituito sia capace di restituzione; così, è inefficace la restituzione contro il delitto e la frode (1); contro l'incanto e la vendita fatta dal Fisco delle cose dei suoi debitori per soddisfare ai suoi crediti (2); contro la prescriziono di trenta o di quaranta anni (3); contro un giudicato reso sopra giuramento deferito tra le parti (4). Non basta che il fatto sia suscettibile di restituzione, si addomanda ancora che dai suoi effetti siane venuta una lesione del richiedente, o per lo meno sia egli esposto a soffrire un pregiudizio (5). Non ogni danno però, non ogni pregiudizio domandano l'impiego di questo aiuto straordinario; che l' uno e l'altro è necessario non relativamente, ma per se stessi siano gravi (6), e che non siavi un'altro rimedio ordinario per ripararvi (7).

(1) L. 9 §§ 2, 4,5 de minor. IV, 4. L. 26 § 6 ex quib. caus. D. IV, 6. Cod. si adversus delictum II, 35, LL. 2, 3 si min. se maior II, 43.

(2) L. 5 C. de fide et jure hastae fiscalis X, 3.

(3) L. 3 C. de praescrip. XXX, vel XL, annorum VII, 39.

(4) L. 31 D. de iurejurando XII, 2.

(5) L. 9 § 4 D. Eod. L. 3 § 6 LL. 6, 34 § 1 D. de minor vigintiquinque ann. IV, 4. L. 5 pr. C. de in integ. rest. min. II, 22.

(6) L. 4. D. de in integ. rest. IV, 1. L. 1 C. si adversus donat. II, 30. L. 1 C. si adversus Fisc. II, 37.

(7) In causae cognitione etiam hoc versabitur: num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem, nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium. L. 16 pr. D. de minoribus IV, 1. Vedi §§ 1, 2, Eod. Cod. in quibus caus. II, 41.

La restituzione in intiero aver dee un particolar fondamento, un motivo tutto proprio dai giureconsulti inteso coll'espressione di *justa causa*, di cui tocca al pretore conoscere l'ammissibilità. Le giuste cause di restituzione sono: il *metus*, il *dolus*, l'*error*, l'*infirmitas aetatis*, l'*absentia necessaria*, la *status permutatio*, l'*alienatio judicii mutandi causa*.

Metus. Il pretore dichiara nell'Editto: *quod metus causa gestum erit ratum non habebo* (1).

Qualunque atto giuridico compiuto sotto la pressione del timore o della forza, s'è valido per legge, non può per principio di equità generare effetto veruno: così la violenza morale e fisica schiudeva la via all'*exceptio quod metus causa gestum esset* pria del pagamento, e all'*actio arbitraria* in *quadruplum*, che non solo poteasi contro l'autore intentare, ma ancora contro l'erede e qualsiasi terzo *ad quem rem pervenit* (2); e per l'*arbitrium de restituendo* non pur si disponeva la reale riconsegna della cosa, bensì ancora talvolta la restituzione del diritto nel suo stato primiero (3). Da ciò furono parecchi giureconsulti indotti a niegare il *metus* come causa della *in integrum restitutio*; però non è da rivocarsi in dubbio, che per quanta rada avesse potuto essere l'applicazione di questo rimedio, eranvi pure dei casi nei quali si rendeva indispensabile (4).

Dolus. Le parole dell'Editto recitate da Ulpiano son le seguenti: *Quae dolo malo fraudisve causa facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo* (5). Anche qui occorrono l'*exceptio* e l'*actio doli*, efficace questa solo contro il decipiente, e avente il distintivo di stimmatizzarlo col marchio dell'infamia. A evitare questa conseguenza fu preferita la *in integrum restitutio*. Non è tuttavia a pensare ch'essa potea ammettersi in tutti i casi, ma in talunl speciali riportati dalle fonti (6).

(1) L. 1 D. quod metus caus. IV, 2. — Una volta dicevasi: quod *vi et metus* causa eodi così Cic. ad Quint. frat. I, 1, 7. Cogebantur sullani homines, quae *per vim et metum* abstulerant restituere. Ved. Verr. II, 3, 65.

(2) L. 9 § 8: L. 10 pr. L. 14 §§ 3, 5 eod.

(3) L. 9 § 7 D. eod.

(4) L. 21, §§ 5, 6 D. eod. L. 6 D. de dolo malo IV, 3. L. 85 D. de acquir. hered. XXIX, 2.

(5) L. 1 § 1 D. de dolo malo IV, 3.

(6) L. 7 § 1 D. de in integ. rest. IV, 1. L. 33 D. de re iud. XLII, 1.

Error. Ordinariamente si comprendono sotto questo gli errori intorno alle regole processuali sopra cennate; l'Editto pretorio non pertanto menzionava un caso di stretta restituzione in intiero, per motivo di errore, a favore di colui il quale avea in giudizio dedotta un' azione contro un pupillo, *falso tutore actore*, eccone le parole: *quod eo auctore, qui tutor non fuit, gestum esse dicatur, si id actor ignoraverit, dabo in integrum restitutionem* (1).

Infirmitas aetatis. La causa principale, in materia di restituzione in intiero, fu nella romana legislazione la minore età. In questa età, per il manco di esperienza e di circospezione, è facile il lasciarsi trarre in inganno e cadere nelle reti del primo venuto; quindi fin dai tempi più antichi si ritenne per indispensabile il rallentare il rigore della legge in quegli atti che creano un diritto pregiudizievole al minore, e garentir costui contro tutte le pruove della malizia altrui. Già una legge *Plaetoria* (562), a cagione delle rovinose usure, avea posto un'argine alla *circumscriptio adoloscentium*, mercè l'*exceptio legis Plaetoriae* o *in factum*.

L'Editto pretorio volle circondare di tutte le sue guarentigie questa età per mezzo della *in integrum restitutio*. *Praetor dicit*: *quod cum minore quam vigintiquinque annis natu gestum esse dicetur, (intra annum quo primum experiundi potestas erit) uti quaeque res erit animadvertam* (2). Questo mezzo tutto pende dalla cognizione del Pretore, non essendovi alcun'altra azione, come nelle cause su esposte, che per via ordinaria potesse assistere il minore (3). Siffatta cognizione si riferisce non solo alle condizioni e alla forma, si bene ancora all' estensione subiettiva dello *auxilium* (4) in quanto che non si limita ad una semplice concezione di formula, secondo la diversità dei fatti pregiudicanti i diritti del minore, ma di frequente il decreto è tanto in danaro che in natura esecutivo.

La restituzione ha luogo contro tutti coloro che contrassero col minore, loro eredi e terzi acquirenti. Tra questi si distinguono gli

(1) L. 1 D. quod falso tut. auct. XXVII, 6.

(2) L. 1 § 1 D. de minoribus IV, 4.

(3) Ex hoc Edicto nulla propria actio vel cautio praeficissitur, totum enim hoc pendet ex praetoris cognitione. L. 25 § 5 D. eod.— L. 9 § 4. D. de jurejurando XII, 2.

(4) Vedi Rudorff, röm. Rechtsgesch. II, § 58.

acquirenti in buona e in mala fede: contro gli ultimi sempre, contro i primi allora soltanto s'ordina la restituzione, quando coloro che ricevettero dalle mani del minore, o i loro eredi siano insolvibili (1). Che se nel negozio pregiudicante il minore fossero intervenuti fideiussori, appartieno alla cognizione pretoria di risolversi se debba soccorrersi al fideiussore o al creditore; cessa il dubbio nel caso di un *mandator*, al quale ogni soccorso si rifiuta, *hic enim fuit velut affirmator et suasor ut cum minore contraheretur* (2).

Il beneficio della restituzione può al minore esser rifiutato per diversi motivi, così p. e. se fraudolentemente siasi dato a conoscere quale maggiore di età nel momento dell'atto (3); se abbia ottenuto la *venia aetatis* (4); se, giunto alla maggiore età, abbia ratificato l'atto (5); se trascorso sia il termine a far valere il beneficio; così ancora nel caso di pagamento fatto, dietro decreto del magistrato, nella persona del tutore appositamente nominato (6) nel caso di prestito fatto per liberare dalla prigionia un ascendente o altra persona di cui si ha diritto alla successione (7); ne; caso di tutti quei pregiudizi che al minore son venuti non a cagione della sua inesperienza, ma di altre cause inevitabili anche per altre persone (8).

Absentia necessaria. A colui, il quale assente per giusto motivo non potea difendere il suo diritto parimenti che a colui, il quale per l'assenza del suo avversario si trovava nella stessa impossibilità, concedeva il pretore il beneficio della restituzione. Le parole dell'Editto sono: *si cuius quid de bonis, cum is metu, aut sine dolo malo, reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute, hostiumque potestate esset; sive cuius actionis eorum cui dies exisse dicetur. Item si quis quid usu suum fecisset, aut, quod non utendo amisit, consecutus, actioneve qua solutus ob id, quod dies ejus exierit, cum absens non defenderetur, inve vincu'is esset, secumque agendi po-*

(1) L. 13 § 1 L. 14 D. de minor. IV, 4.
(2) L. 13 pr. eod.
(3) LL. 35, 43 D. eod. LL. 2, 3 C. si minor maj. se dixerit II, 43
(4) L. 1 C. de his qui veniam aetatis II, 45.
(5) Paul. sent. I. 9 § 3.
(6) L. 7 §§ 2, 3 D. de minoribus cit. L. 26 C. de adm. tut. V, 37.
(7) Nov. 115 c. 3, § 13.
(8) L. 7 § 8. L. 11 §§ 3, 4, 6 D. de minoribus. eod.

testatem non faceret, aut cum eum invitum in ius vocari non liceret, neque defenderetur; cumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui pro magistratu sine dolo ipsius actio exempta esse dicetur; earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit. Item si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita, Senatus Consulta, edicta, decreta Principum licebit (1). La lesione per la quale, a cagione dell'assenza, si concede la *in integrum restitutio*, detta anche *restitutio maiorum*, si è la perdita di un diritto, così per la diminuzione del proprio patrimonio a mezzo della *usucapio*, come per la perdita dell'azione a mezzo della *prescriptio*.

I mezzi per questa *restitutio* si erano o la negazione dell'*actio* acquistata dall'avversario, o un'*exceptio*, o la concessione dell'*actio rescissoria*, o un'*actio* in *factum ut hi dies restituantur in quibus actor agi voluerit et interventu feriarum impeditus est* (2), o, ad esempio dell'*actio rescissoria*, un'*exceptio* (3).

Status mutatio: il cangiamento di stato in rapporto alla *capitis deminutio* e casi affini. Giusta il diritto civile, il padre di fa-

(1) L. 1 D. ex quib caus maj, IV, 6. Vedi Rudorff Edicti perpetui quae reliquia sunt. § 42.

Non tutti i casi concernenti l'assenza sono riferiti nell'Editto; altri si contengono nella così detta *clausola generale: si qua alia mihi iusta causa videtur*, per la quale a prima vista sembra che si accenni ad altri casi di assenza, o come alcuni pretendono ad un principio generale di equità. Però ben considerando, la clausola non puossi riferire che al concetto generale di casi analoghi all'essenza, i quali dipendendo dalle condizioni di fatto e dall'apprezzamento del magistrato era impossibile di divisare; ma era giusto che si fossero compresi sotto la generica menzione dell'equità. Il professore Bruns, (Encyclopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff p. 291) considera la clausola generale come un tutto a parte e indipendente dai rapporti coll'assenza, quindi come un motivo di *in integrum restitutio* per se stesso considerato: « die Gründe der Restitution sind Minderjähgkeit, Zwang, Irthum, Betrug, Abweseuheit, capitis deminutio, und die s. g. generalis clausula. » Questo modo di considerare la clausola generale è intieramente estraneo alle fonti del diritto, e al contesto dell'Editto pretorio.

(2) L. 26, § 7 D. ex quib. caus. maj. IV, 6.

(3) L. 28, § 5 D. eod.

miglia che si dava in arrogazione era sciolto da tutti i suoi debiti; questo cangiamento per una finzione del Pretore si riteneva come non avvenuto, quindi contro di lui disponeva la *in integrum restitutio*, e dava le azioni utili risultanti dai contratti fatti con lui pria della deminuzione di capo: *ait Praetor: qui quaeve postquam quid cum his actum contractumque sit, capite deminuti deminutaeve esse dicantur, in eos easque perinde quasi id factum non sit iudicium dabo* (1). In simile rapporto stava la *in integrum restitutio* coll' *actio restitutoria ex:* SC. *Velleiano*, colla restituzione nel suo primiero stato di un'obbligazione estinta colla fusione, colla consumazione processuale, colla distruzione dell'obbietto (2).

Alienatio iudicii mutandi causa. Finalmente in riguardo a questo motivo stava nell'Editto: *quae manumissio, quaeve alienatio iudicii mutandi causa facta sit dolo malo — in integrum restituam* (3). Affettuavasi questa restituzione rifiutando l'azione all'acquirente, concedendo l'*actio utilis* contro l'alienante, e l'*actio in factum* contro i suoi eredi, *dumtaxat quanto locupletiores ex ea re facti fuerint*,

Il diritto della *in integrum restitutio* in generale prescrivevasi trascorso l'anno utile ch'esser dovea domandato (4). La domanda di restituzione, alla quale si ammettevano gli eredi e i successori (5), impediva l'esecuzione, e se succeduta la spogliava d'o-

(1) Vedi Rudorff. Edict. perp. § 41. L. 2, § 1. D. de cap. min. IV, 5, Gaj III, 84.

(2) Vedi Rudorff. II, 58. Keller § 79.

(3) L. 8, § 1. D. de alien. iud. mut, causa IV, 7. Rudorff. edict. perp. § 45. Che questo motivo di restituzione ai tempi classici del diritto sia stato, come dice il Keller § 80, essenzialmente trasformato e rimosso da nuovi altri istituti, per guisa da non lasciarsi facilmente contemplare nella sua efficacia originaria; non importa che non sia mai esistita una restitutio contro l'*alienatio iudicii mutandi causa* per come pretenderebbe il Windscheid (Pandektenrecht I, § 116, n. 2), ma solo un diritto all'indennizzo e al risarcimento. La L. 3, § 4, D. IV, 7, e la L. unica C. II, 55, parlano assai chiaro per potere mettere in dubbio l'esistenza di questa causa di restituzione. Sarà oscuro il modo e l'uso, ma l'oscurità non importa negazione, nè interpretazione divergente dall'intento dell'istituto.

(4) Ll. 19, 20. pr. D. de menor. IV, 4. L. 1, § 1, D. ex quib. caus maj. IV, 6.

(5) Successores in integrum restitui possunt saepissime est constitutum. L. 6 D. de in integ rest. IV. — L. 18 D. de minor. cit.

gni efficacia (1). La *restitutio* si accordava, come abbiamo osservato, da un magistrato superiore, non da un municipale (2), contro le sentenze date da un delegato dell'imperatore, o da un giudice da lui nominato. Naturalmente era in facoltà dell'imperatore medesimo il concederla (3).

(1) L. 16. D. de minoribus. cit. in integum restit. post. II, 50. L. 4 C si ex fals. VII, 58.

(2) L. 16, § 5. LL. 17, 18, pr. D. de minoribus. cit. Vedi Cod. apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda. II, 48.

(3) L. 18, §§ 3, 4, de minor cit.

FINE

INDICE

PARTE II.

Procedimento in iure e Rappresentanza giudiziaria.

PARTE III.

Procedimento in iudicio.

PARTE IV.

Periodo esecutivo e procedure speciali.

pag.	verso	ERRORI	CORREZIONI
8	11	molentes.	nolentes
9	25	ius dicent	ius dicenti.
11	36	lex horredi. . . .	lex horrendi
14	33	giusisdizione . . .	giurisdizione
25	21	è dei quali	e dei quali
48	....	Capo VI	Capo IV.
76	4	volta che da Gaio .	volta da Gaio
92	26	Mafferiane	Maffeiane.
101	27	ius penseguendi . .	persequendi
116	31	zu aben	zu haben
121	32	copiam iurarunt . .	iurarent
125	34	das verhältniss des .	das Verhältniss der
153	28	ope consilio ve . .	ope consiliove
154	8	is IIvir vir	is IIvir IIIIvir
174	28	est rem	est reum
178	21	in fraudum. . . .	in fraudem
193	15	pro absolito. . . .	pro absoluto
198	2	creditore.	debitore
207	12	vantar pretese. . .	vantar pretesa
252	33	gl' antichi	gli antichi
264	25	conosciuto molto. .	motto
266	2	trovo	trovò
273	18	Senza l' imitazione .	limitazione
281	31	ed al Questore. . .	e dal questore
296	30	konntte Rein Bürger.	konnte kein
305	31	rilevarsi	negarsi
306	21	venditjoni	venditionis
309	30	con a favore . . .	a favore.
314	36	sibi debitur. . . .	sibi debetur
317	....	§ 2.	§ 1.
334	17	iter uctumque. . .	actumque
339	21-22,	impossibile è giacchè	giacchè impossibile è
340	25	exsitum	exitum
345	29	e da supporre. . .	è da supporre

OPERE EDITE ED INEDITE

DI

G. D. ROMAGNOSI

riordinate ed illustrate da *Alessandro De Giorgi* — 8 vol. in-8° gr. a 2 col., Palermo. — Si pubblicheranno in 160 dispense, ognuna di 48 pagine per cent. 85 — Pubblicata la dispensa 138 del testo e la dispensa 11 delle tavole.

LEZIONI

SUI CODICI PENALE E D' ISTRUZIONE CRIMINALE

DI

G. EDUARDO BOITARD

pubblicate da *Gustavo De Linage*, rivedute, compiute, annotate e poste in armonia colle più recenti leggi dal sig. *Faustin Hélie*, traduzione italiana eseguita sull' VIII edizione di Parigi per cura d'una società di avvocati. — Un volume in-8° grande a 2 colonne, Palermo L. 9.

BIBLIOTECA

STORICA E LETTERARIA

DI SICILIA

OSSIA

RACCOLTA DI OPERE INEDITE O RARE DI SCRITTORI SICILIANI DAL SECOLO XVI AL XIX

per cura

DI GIOACCHINO DI MARZO

Pubblicati 12 volumi in-8° ognuno L. 9 (pei soli associati).

TRATTATO DELLA ISTRUZIONE CRIMINALE

O TEORIA

DEL CODICE D' ISTRUZIONE CRIMINALE

pel

SIG. FAUSTIN HÉLIE

tradotto ed annotato dal Professore **Luigi Sampolo**

4 volumi in-8° grande a 2 colonne. Palermo L. 50

COMENTARIO DEL CODICE CIVILE

PER L'AVV. E PROF. DI DRITTO

DOMENICANTONIO GALDI

Volge ormai il sesto anno della pubblicazione ed attuazione del *Codice Civile del Regno d'Italia,* e la mancanza di un completo comentario sul medesimo si sente tuttogiorno lamentata.

I pochi, ma rimarchevoli mutamenti apportati nelle sue disposizioni, ed il miglior coordinamento, sono indizi sicuri che lo svolgimento della dottrina giuridica vada acquistando miglior determinazione, che la scienza s' avvantaggi semprepiù del riverbero benefico della storia, e che il lavorio della giurisprudenza sia diretto a corroborare i principii e le massime che sono mai sempre il fondamento della giustizia.

Tenendo in veduta questi tre punti principali, egli è chiaro, che per formare un utile comentario, è mestieri esporre: 1. la legislazione che ci governa, col seguare il camino che ha percorso nella storia; 2. i principii e la dottrina su cui si fonda; 3. nell'attrito delle innumeri controversie, vederne l'applicazione e l'ultimo suo risultato. Sicchè *Legislazione, nel suo svolgimento storico, nella sua comparazione e nella sua attualità, Dottrina, nel suo sviluppo e nelle sue determinazioni*, sono i tre cardini su cui raggirar si debbono i nostri studii.

È d'uopo intanto osservare che, quantunque l'Italia sia stata la culla del *Dritto* in Europa, purtuttavolta questo può dirsi la prima volta codificato nella Francia, quand'era avida di libertà. Alla formazione del Codice francese concorsero menti elevate, che quella nazione, quasi a rimprovero della Francia odierna, ebbe a dovizie nel passaggio dei due secoli. Una colluvie di scrittori francesi fece poi a gara per interpretare e comentare il Codice Napoleone, ed i tribunali, i quali erano stati invitati a pigliar parte alla formazione del Codice, cominciarono di buon'ora ad edificare i più saldi monumenti di giurisprudenza, che hanno progressivamente accresciuti. Noi dunque, nel nostro libro, giovandoci dei grandi studii fatti in Italia e della giurisprudenza italiana, dobbiamo di necessità far tesoro degli studi giuridici fatti in Francia e della giurisprudenza francese, sì ricca e sì feconda. Abbiamo però un dritto tutto nostro, come quello sugli enti morali, sulla successione legittima del conjuge superstite ecc., ma quantunque questo dritto sembri nuovo, pure esso non manca di precedenti storici, che noi, insieme al comento e giurisprudenza, più particolarmente rileveremo.

L'opera dunque è lunga e laboriosa. il nostro compito è aspro e difficile. Ci gioverà il compatimento dei lettori.

Avv. DOMENICANTONIO GALDI

CONDIZIONI DI ASSOCIAZIONE

L'opera costerà di circa otto volumi. Ogni volume di circa fogli cento da pagine 8. Si pubblica a fascicoli, ciascuno di pagine 56, immancabilmente ogni mese, possibilmente anche due.

Pel sesto, carta e caratteri, simile ai fascicoli pubblicati.

Il prezzo di ciascun fascicolo è di *una lira* pagabile alla consegna.

Pubblicati i fascicoli 1 a 20.

VOLUME III. 1872-1873 ANNO III.

IL CIRCOLO GIURIDICO

RIVISTA

DI LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA

Imprendendo, or son due anni, la Società scientifica, *Il Circolo Giuridico di Palermo*, la pubblicazione di una Rivista di legislazione e di giurisprudenza, che portasse in fronte il nome stesso della Società, stimava che l'opera, ove vi si fossero impiegati tempo, studi e cure, sarebbe riuscita di non lieve utilità al foro e a quanti sono fra noi cultori delle discipline giuridiche. Giova confessare che le previsioni non fallirono; ne è sicuro argomento il buon successo ottenuto.

Il nostro programma è sempre uno: Studiare la parte teorica delle leggi, e raccogliere ad un tempo la giurisprudenza pratica, corredandola di raffronti e di note.

Il giornale ha tre parti. — Nella prima si occupa dell'amministrazione della giustizia, delle riforme legislative, e dei punti più controversi di dottrina legale e di giurisprudenza; dà conto di tutti i libri ed opuscoli che nel vasto campo del dritto, della legislazione e dell'economia vedono la luce in Italia e fuori; e in una cronaca giuridica annunzia tutto ciò che può interessare i cultori delle discipline sociali.

Nella seconda raccoglie le sentenze più notevoli, in materia civile e commerciale, profferite dalla Corte di Cassazione di Palermo e dalle Corti d'appello della Sicilia; nella terza, le più importanti sentenze in materia penale della Corte di Cassazione di Palermo. Però sì in materia civile che in materia penale potranno esservi accolte le più belle sentenze delle Corti d'appello e delle Cassazioni della penisola.

Se il giornale non muta nella sostanza, esso sarà stampato in carta migliore di quella usata nei primi due volumi, e cresciuto di mole, di che certamente ci sapranno grado i nostri lettori.

Noi facciamo ogni sforzo perchè il *Circolo Giuridico* acquisti d'anno in anno una maggiore importanza; è da sperare che si accresca nel medesimo tempo quel benevolo favore, ond'esso è stato accolto, e che ci venga da un maggior numero d'associati.

Marzo 1872. *La Direzione.*

CONDIZIONI

L'annata si compone di 12 fascicoli oltre gl'Indici. — Ogni mese si pubblica un fascicolo in-8, non minore di pagine 64, nè maggiore di 72, a due colonne. — L'associazione è obbligatoria per un anno. — Per Palermo, L. 14, all'anno pagabili alla consegna dei fascicoli 1°, 4°, 7°, e 10°

Per le altre provincie del Regno L. 16 pagabili a semestre anticipato.

Le associazioni si ricevono presso l'editore *Luigi Pedone-Lauriel*, *Corso Vittorio Emanuele* 381 *bis p. p.* e 360, e presso i principali librai d'Italia e dell'estero.

I libri, i giornali ed i manoscritti dovranno dirigersi franchi di posta al Prof. Luigi Sampolo, *Palermo via Principe Scordia* N. 14.